



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

TÉSIS

“LA ASOCIACIÓN EN PARTICIPACIÓN A LA LUZ DE LA
TEORÍA GENERAL DEL ACTO JURÍDICO, ÁMBITO
MERCANTIL, FISCAL E IMPORTANCIA ACTUAL”

Que para obtener el título de Licenciado en Derecho

PRESENTA:

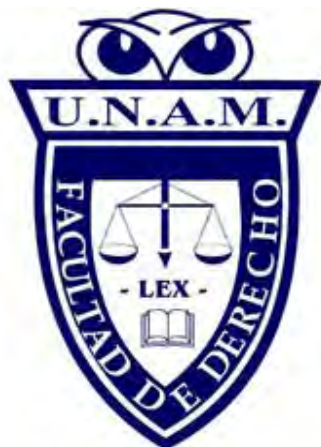
RAFAEL DE LA CRUZ CONTRERAS

ASESOR:

DR. JAVIER ÁLAMO GUTIÉRREZ

SEMINARIO DE DERECHO MERCANTIL

México D.F., a 12 de Octubre de 2009





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.

DEDICATORIAS

A toda mi familia, ya que el presente trabajo es la culminación de un esfuerzo conjunto, en el cual todos cumplimos un papel fundamental de amor, comprensión, trabajo, apoyo y un sinnúmero de actos que sería imposible mencionarlos, pues son de tal magnitud e incontables, que sólo me resta agradecer a Dios por haber sido bendecido con unos Padres como los que tengo y a quienes no tengo más palabras de agradecimiento que decirles que el mayor orgullo de mi vida es ser su hijo.

Especial mención merece mi madre Maria Guadalupe Contreras Sánchez, mujer a quien debo los éxitos presentes y futuros de mi vida, ya que de ella he recibido la mejor educación que pude desear, no solo en lo académico, sino también, y en primer lugar a la forma de enfrentar a la vida y sobreponernos de las dificultades y dolores más grandes a los que puede enfrentarse un ser humano. Es una muestra inequívoca de templanza, fortaleza y valor, por lo cual aprendí que no hay obstáculo que pueda vencer a la voluntad humana de continuar luchando día a día hasta conseguir los objetivos que hemos trazado para nuestra vida.

A la memoria de mi hermano Hugo De la Cruz Contreras, quien ha fungido como mi guía durante toda mi vida, e incluso ahora, sigue siendo la persona que más respeto y admiro, ya que su ejemplo perdurará por siempre en mi corazón, en donde me acompañará, aconsejará y guiará por el resto de mis días, seguramente por un sendero de luz y dicha, hasta el día que nos podamos reunir nuevamente.

A mis maestros de la Facultad de Derecho: Dr. Miguel Carbonell y Sánchez, Dr. Jorge Alfredo Domínguez Martínez y Dr. Javier Álamo Gutiérrez, cuyas enseñanzas perdurarán por siempre en mí, ya que son, además de excelentes académicos, investigadores y profesionales del Derecho, unos grandes seres humanos de quienes recibí lo más sublime que un ser humano puede otorgar a otro; el amor por el conocimiento y la verdad, pero no como un cúmulo de fórmulas huecas y sin sentido,

sino como una forma de mejorar nuestra vidas y así colaborar para mejorar nuestro entorno familiar y social. Mi más profundo agradecimiento y respeto.

A mis auténticos amigos y sus familias (ustedes cuatro lo saben) por acompañarme a lo largo de tanto años mostrándose incondicionales a cualquier adversidad que pude enfrentar y que seguramente también continuaremos enfrentando juntos. De mi parte sepan que cuentan conmigo para cualquier asunto, sin importar su magnitud o complejidad.

A la Universidad Nacional Autónoma de México, quien me recibió en sus aulas para darme la mejor preparación jurídica y humana, lo que me permitirá y a lo que pondré mi mayor esfuerzo, reponer a la sociedad un poco de lo que nuestra Universidad me dio y seguramente me seguirá dando a lo largo de mi carrera profesional.

INDICE GENERAL

Introducción.....	I
-------------------	---

Título Primero

“La Asociación en Participación a la luz de la Teoría General del Acto Jurídico”

Capítulo I

La Asociación en Participación en relación con las diversas clases de acontecimientos jurídicos

I. Características y estructura de la norma jurídica.....	1
II. Los acontecimientos jurídicos en general.....	4
III. Clasificación tradicional de los hechos jurídicos (Teoría Francesa)...	6
IV. Concepción Moderna de las especies del hecho jurídico (Teoría Alemana).....	9
1) Hecho Jurídico en sentido estricto.....	9
2) Acto Jurídico.....	10
3) El Negocio Jurídico.....	11
A) El Negocio Jurídico y la autonomía de la voluntad.....	11
B) Acto Stricto Sensu y Negocio Jurídico.....	12
C) La doctrina mexicana ante la figura del Negocio Jurídico.....	13
V. La Asociación en Participación es un Negocio Jurídico.....	14

Capítulo II

Elementos Esenciales y de Validez de la Asociación en Participación

I. Consideraciones Generales.....	16
II. Elementos Esenciales.....	17
1) Consentimiento.....	18
2) Objeto directo e indirecto.....	20
III. Elementos de validez de la Asociación en Participación.....	23
1) Licitud en el objeto, fin, motivo o en la condición de la Asociación en Participación.....	23
2) Capacidad de ejercicio.....	24
3) Forma.....	27
4) Ausencia de vicios en la voluntad.....	29
A) El error y el miedo como únicos vicios de la voluntad.....	29
B) El error.....	30
a) Concepto.....	30
b) Clases de error.....	30
c) Error de hecho; sus grados.....	31
a') Error obstáculo.....	31
b') Error vicio.....	32
c') Error indiferente.....	34
d) Error de derecho.....	35
e) Error de cálculo y de cuenta.....	36

C) El miedo.....	37
a) La libertad en la manifestación de voluntad y el miedo.....	37
b) El miedo como vicio.....	38
a') Su causa.....	39
b') Características.....	40
a") Sujetos activos y pasivos.....	40
b") Bienes jurídicos tutelados.....	41
c") Mal futuro, injusto y grave.....	41
c) Temores intrascendentes para la validez del negocio jurídico.....	43

Capítulo III

Invalidez de la Asociación en Participación

I. Generalidades.....	45
II. La Asociación en Participación ante la noción de la inexistencia.....	45
1) Concepto.....	45
2) Características de la inexistencia.....	46
III. La Asociación en Participación a la luz de los casos específicos de inexistencia.....	48
1) Falta de consentimiento.....	48
A) Infancia del asociado y/o asociante.....	49
B) Error obstáculo.....	49
C) Violencia física radical.....	50
D) Simulación absoluta.....	50
E) Declaración de un enajenado mental.....	51
F) Firma o huella digital en hoja en blanco o en documentos cuyo texto es alterado.....	51
2) Falta de objeto por su imposibilidad física o jurídica.....	52
A) Incapacidad de goce.....	52
B) Simulación absoluta.....	53
C) Imposibilidad física o jurídica de la cosa.....	54
D) Imposibilidad del hecho.....	55
IV. La Asociación en Participación afectada de Nulidad Absoluta.....	55
V. La Asociación en Participación afectada de Nulidad Relativa	57

Título Segundo

“Ámbito mercantil de la Asociación en Participación ”

Capítulo I

Antecedentes

I. Antecedentes Internacionales.....	59
II. Regulación en México.....	61

Capítulo II

Diversas teorías que explican la naturaleza jurídica de la Asociación en Participación

I. Consideraciones preliminares.....	63
II. La Asociación en Participación como contrato.....	63
1) Exposición.....	63
2) Comentarios.....	64
III. La Asociación en Participación como sociedad.....	65
1) Exposición.....	65
2) Comentarios.....	66
IV. La Asociación en Participación como negocio jurídico.....	68
1) Exposición.....	68
2) Comentarios.....	69

Capítulo III

Características de la Asociación en Participación

I. Carácter contractual.....	69
II. Ausencia de personalidad.....	69
III. Falta de patrimonio propio.....	71
IV. Carácter oculto.....	72
V. Carácter asociativo.....	74
1) Diferencias con la A.C.....	76
2) Diferencias con la S.C.....	76
VI. Negocio jurídico plurilateral por las voluntades que intervienen en su celebración y bilateral en cuanto al contenido obligacional.....	77
1) Planteamiento.....	77
A) Opinión personal.....	78
VII. Naturaleza formal.....	79
VIII. Traslato de dominio.....	79
IX. Carácter oneroso.....	80
X. Carácter aleatorio.....	80
XI. Negocio de colaboración.....	81

Capítulo IV

Obligaciones y derechos de las partes

I. Obligaciones del Asociado.....	82
II. Obligaciones del Asociante.....	84
III. Derechos del Asociado.....	85
1) Exigir al asociante la realización de la(s) operación(es).....	85
2) Rendición de cuentas y derecho de control.....	85
3) Participar en las utilidades.....	86
4) Restitución de los bienes aportados.....	87
5) Exigir daños y perjuicios al asociante.....	87
IV. Derechos del Asociante.....	88

1) Obtención de la aportación.....	88
2) Participar en las utilidades.....	88
3) Recibir una remuneración.....	89
4) Percibir alimentos.....	89
V. Propiedad de los bienes aportados.....	90
1) Entre las partes.....	90
2) Respecto a terceros.....	91

Capítulo V

La Asociación en Participación en relación con terceros

I. Relaciones con terceros.....	95
1) El asociado y los terceros.....	96
A) No configuración de obligación solidaria del asociado.....	96
B) Acción subrogatoria u oblicua.....	97
C) Acción pauliana.....	98

Capítulo VI

Conclusión y liquidación de la Asociación en Participación

I. Conclusión de la Asociación en Participación.....	99
1) Expiración del término fijado en el negocio.....	100
2) Imposibilidad o consumación del objeto.....	100
3) Acuerdo de las partes (Revocación).....	101
4) Conversión en negocio unimembre.....	101
5) Muerte de algunas de las partes.....	101
II. Rescisión de la Asociación en Participación.....	102
III. Liquidación de operaciones de la Asociación en Participación.....	103

Título Tercero

“Ámbito fiscal de la Asociación en Participación”

Capítulo I

Importancia del estudio fiscal

I. Concepto fiscal de la Asociación en Participación.....	106
II. El gasto público como teoría que fundamenta la percepción tributaria en nuestra legislación.....	109
III. El problema de la redefinición para efectos fiscales.....	111

Capítulo II

Tratamiento fiscal actual de la Asociación en Participación

I. Código Fiscal de la Federación.....	113
II. Ley del Impuesto sobre la Renta.....	115

III. Ley del Impuesto al Valor Agregado.....	117
IV. Ley del Impuesto Empresarial a Tasa Unica.....	118

Capítulo III

Tratamientos Fiscales anteriores de la Asociación en Participación

I. Unidad económica sin personalidad jurídica.....	119
II. Transparencia fiscal.....	120
III. Resultado fiscal total atribuido al asociante.....	121

Capítulo IV

Problemas del tratamiento fiscal actual

I. Exposición y Comentarios.....	123
II. Aportaciones a la Asociación en Participación.....	125
III. Deducción de pérdidas.....	126
IV. Reembolso de aportaciones y distribución de utilidades.....	126
V. Cuenta de utilidad fiscal neta (CUFIN) y Cuenta de capital de aportación (CUCA).....	128
VI. Capital contable aprobado.....	130

Título Cuarto

“Importancia actual de la Asociación en Participación” Conclusiones

Capítulo I

¿Por qué la Asociación en Participación?

I. Justificaciones.....	132
-------------------------	-----

Capítulo II

Importancia de la correcta ubicación de la Asociación en Participación dentro de la Teoría General del Acto Jurídico

I. La autonomía de la voluntad.....	135
II. Importancia del concepto de negocio jurídico.....	136

Capítulo III

Importancia de la Asociación en Participación en el desarrollo comercial

I. Negocio flexible.....	141
II. Negocio eminentemente práctico, de bajo costo e ideal para pequeños capitales.....	142
III. Dualidad de la Asociación en Participación.....	147

1) Duración limitada.....	148
2) Duración indefinida o de largo plazo.....	149
IV. Comparación sistemática con las sociedades mercantiles.....	150
V. Ventajas comparativas sobre las sociedades mercantiles.....	152

Capítulo IV

El ámbito fiscal causa de la extinción de la Asociación en Participación y posibles soluciones

I. Costo económico del derecho.....	154
II. Mala regulación tributaria.....	156
1) Eliminación del art. 17-B del Código Fiscal de la Federación y del art. 8 de la Ley del Impuesto sobre la Renta en lo conducente a la Asociación en Participación. (personalidad).....	157
2) Eliminación de la fracc. XVII del art. 26 del Código Fiscal de la Federación. (solidaridad).....	158
III. Tratamiento fiscal congruente. Transparencia fiscal para el resurgimiento de la Asociación en Participación.....	159
Bibliografía.....	162

INTRODUCCIÓN

Históricamente, el Licenciado en Derecho ha sido considerado por la sociedad en general, como un profesional que se ha preparado y estudiado en la disciplina que ha sido considerada como la carrera humanística por excelencia. Lo anterior implica que el Licenciado en Derecho, también debe ser el profesional humanístico por excelencia, es decir, aquel que conoce el desenvolvimiento de la sociedad en todas sus dimensiones, por ejemplo, conoce no solamente su estructura jurídica, sino también, sus repercusiones económicas, sociales y culturales. De lo anterior, podemos concluir que un profesional del Derecho debe de conocer todas las repercusiones anteriores, para que, de esta manera pueda desempeñar de forma adecuada su servicio a la ciudadanía, al propio Estado, o a quien realiza su actividad profesional en ambas esferas. Lo anterior, es lo que cualquier ciudadano, en cualquier parte del mundo le requeriría a un profesional del Derecho, es decir, que sea un profesional preparado y con mucho carácter para someterse a estudiar de forma rigurosa todos los ámbitos donde el Derecho se desenvuelve, y no solamente, en la disciplina donde se especializó. En los últimos años se ha presentado un fenómeno que no es propio del Derecho, pero que se ha hecho presente en él de forma indiscutible, nos referimos al fenómeno de la “especialización”.

Sin duda que la especialización es necesaria en las llamadas ciencias duras o exactas, o en ciencias biológicas, como la medicina, pero que a mi parecer, resulta innecesario en el ámbito jurídico. Lo anterior lo menciono sin demeritar que si bien es necesario que los licenciados en Derecho, tengan una orientación profesional específica, se haya degradado a lo que hoy en día vemos, donde los profesionales del Derecho se especializan en una sola de las distintas disciplinas jurídicas, olvidándose de que el Derecho es uno solo y si bien se subdivide en distintas disciplinas, esto solamente se hace con fines didácticos para la enseñanza del mismo. Hoy en día, incluso, existen escuelas o facultades de Derecho que tienen una orientación visiblemente marcada hacia tal o cual disciplina jurídica, y ni siquiera les permiten a sus estudiantes

conocer el vasto universo jurídico, asunto de vital importancia, y que dejan de lado, a cambio de preparar a “especialistas” en una disciplina jurídica.

El presente trabajo versa sobre la Asociación en Participación, una institución de carácter mercantil y de gran importancia en el desarrollo y especulación comercial. Nuestra institución es una forma de colaboración mercantil, que ha existido desde que el hombre comercia y que a lo largo de los siglos ha ido evolucionando para mantenerse tan vigente y tan útil como lo sigue siendo el día de hoy. Es una forma de colaboración comercial que fluctúa entre las sociedades mercantiles y el comercio individual, es decir, rescata lo mejor de cada una de ellas para conseguir una institución versátil, económica, útil, altamente productiva y segura para desempeñar una negociación mercantil o una o varias operaciones de comercio.

El objetivo de la presente investigación, es presentar de una forma clara, sintética e integral a la Asociación en Participación en todos los ámbitos donde la misma tiene injerencia. Como se dijo, una de las metas del presente trabajo, es realizar un estudio completo de la Asociación en Participación, es decir, no enfocarme a una sola de las disciplinas donde éste negocio tiene injerencia, sino, hacer un análisis sistemático de la institución, con la finalidad de que la persona que lo lea pueda tener un conocimiento panorámico de la misma. Durante el desarrollo se podrá constatar que se podría realizar una tesis completa, respecto de cada una de las disciplinas jurídicas, donde la Asociación en Participación tiene injerencia (civil, mercantil, fiscal), pero decidí que sería mejor, sintetizar la información a fin de tratar de plasmar un plano más general, con el consiguiente riesgo de perder en dicha síntesis, situaciones importantes de cada una de las disciplinas anteriores, solamente esperando, que dichas omisiones sean las menos posibles y de la menor gravedad.

Se ha elegido una división capitular basada en las materias en donde la Asociación en Participación tiene objeto de estudio, aunque claro, dicha división propuesta, no agota la repercusión de la institución en otras disciplinas

jurídicas, donde también juega un papel importante, pero a nuestro entender, creemos que en las disciplinas donde tiene mayor peso son las siguientes:

Título Primero, lo llamamos “La Asociación en Participación a la luz de la Teoría General del Acto Jurídico” como se podrá notar, en dicho Título se hará un análisis netamente civil de la institución, a lo que se podría preguntar: ¿por qué realizar un análisis civil, de una institución netamente mercantil? Pues creemos que cualquier institución jurídica, antes de desempeñarse dentro de su disciplina específica, es un acto jurídico, y como tal, estimamos conveniente analizar a nuestra institución como un acto jurídico, antes que, como a un negocio mercantil. En este apartado se analizarán, en primer lugar, las características y estructura de la norma jurídica, y de allí se hará un repaso de sus elementos de existencia, de validez, como puede ser atacada de nulidad, cual es la gravedad de la misma, es decir, si padece nulidad absoluta o relativa, e incluso si es afectada de inexistencia.

Título Segundo, lo llamamos “Ámbito mercantil de la Asociación en Participación” en este apartado, y una vez analizada la institución como acto jurídico, procederemos a realizar un análisis de la misma desde el aspecto mercantil netamente. Se empieza por tratar sus antecedentes internacionales y de cómo influyeron en la legislación mexicana, para su consiguiente evolución, y de ésta manera entender, la redacción actual de la regulación de la Asociación en Participación en la Ley General de Sociedades Mercantiles. Enseguida pasaremos a analizar las diversas posturas acerca de la naturaleza jurídica de la asociación y daremos nuestra opinión al respecto. También se estudiará las características de la asociación, así como, los derechos y obligaciones de los elementos personales que participan en ella. Por último, se tratará lo relativo a la extinción y liquidación de la institución.

Título Tercero, lo llamamos “Ámbito fiscal de la Asociación en Participación” en este apartado, se tendrá un especial cuidado en su tratamiento, ya que buena parte de la problemática actual que enfrenta nuestra institución es debido al ámbito fiscal. En primer lugar, se hará mención del concepto de Asociación en Participación en materia fiscal, ya que como se verá, difiere de manera

sustancial al concepto mercantil. Después, se hará un análisis del tratamiento fiscal actual de la asociación, en relación con las leyes fiscales vigentes (CFF, LISR, LIVA y LIETU). A continuación, se dará una retrospectiva al tratamiento que en el pasado a recibido la asociación en las diversas leyes fiscales, y por último, se presentarán algunas de las deficiencias actuales que en materia fiscal presenta la Asociación en Participación, debido al concepto fiscal que anteriormente se mencionó y que difiere del mercantil, lo cual, obstruye de manera significativa con el correcto desenvolvimiento de la institución y en la consecución de los objetivos que se plantean las partes.

Por último, en el Título Cuarto, lo llamamos “Importancia actual de la Asociación en Participación” mismo que fungirá a su vez como conclusiones del presente trabajo y en cual se hará un análisis del porqué se eligió a la Asociación en Participación como tema objeto de estudio. A continuación, se esbozarán algunas ideas de la importancia de la correcta ubicación de la Asociación dentro de la Teoría General del Acto Jurídico, para de allí pasar a las ventajas que reporta la utilización de la asociación en el tráfico mercantil, sobretodo, en comparación con las sociedades mercantiles. Por último, se ofrecerá al lector algunas ideas acerca de cómo mejorar la regulación fiscal de la institución, para que de esa manera pueda usarse más cotidianamente y se puedan alcanzar los objetivos planteados por las partes al menor costo posible.

De esta manera se encuentra estructurado el trabajo, a fin de que su lectura sea ágil, e incluso, si solamente surge interés por una de las partes del mismo se pueda pasar directamente al Título correspondiente. La división propuesta obedece, como se dijo, a presentar una visión integral de la institución en estudio, para que de ésta forma se pueda incentivar, de alguna manera, su utilización y puesta en marcha de negociaciones u operaciones de comercio accesibles a toda la población, sin necesidad de grandes capitales o excesivas formalidades que vuelven anquilosado el sistema comercial mexicano, y que a nuestro parecer, la Asociación en Participación cumple con méritos propios las exigencias del tráfico comercial actual, es decir, es eficiente, versátil, sin excesivas formalidades y con seguridad jurídica para las partes.

Al final, decidí realizar la tesis de ésta forma, es decir, abarcando todas las disciplinas jurídicas donde la A. en P. tiene injerencia, precisamente, para alejar a ese espejismo de la especialización, ya que como lo dije, se podría haber realizado el presente trabajo tomando en cuenta sólo a una de las disciplinas anteriormente mencionadas, pero en cambio, opté por un trabajo que intente reflejar lo que el profesional del Derecho, debe de asumir como un compromiso, es decir, ser el profesional de las humanidades por excelencia, con todo lo que ello implique.

Dicho lo anterior, no nos queda mas que reiterar el objetivo de la presente investigación: mostrar las bondades, y por que no, también las deficiencias que la asociación, debido a su regulación presenta y la propuesta para mejorarlas y de esta forma, al menos, lograr que los propios Licenciados en Derecho la conozcan más y puedan proponer su utilización a sus clientes como una buena opción para invertir recursos y producir riquezas.

TÍTULO PRIMERO

“LA ASOCIACIÓN EN PARTICIPACIÓN A LA LUZ DE LA TEORÍA GENERAL DEL ACTO JURÍDICO”

Capítulo I

La Asociación en Participación en relación con las diversas clases de acontecimientos jurídicos.

I. Características y estructura de la norma jurídica.

Como punto de partida para la presente exposición se hará una distinción entre las características distintivas de las normas jurídicas, en comparación, con las morales, religiosas y del trato social. Si bien todas las anteriores tienen rasgos similares como, por ejemplo, la exterioridad y la heteronomía, en un primer acercamiento la norma jurídica es la única de las anteriores que tiene la característica de la coercibilidad y también la única que logra erradicar de ella la buena fe, la intencionalidad y los motivos como factores que influyen en la voluntad del sujeto para cumplirlas o no.

En cuanto a la coercibilidad como punto distintivo de los diversos tipos de normas, se entiende que por la misma cabe la posibilidad de aplicar una sanción, o bien, que la regla de conducta sea cumplida no sólo en forma espontánea, sino inclusive contra la voluntad del infractor, en la primera hipótesis, trátase de normas sociales, religiosas, morales o jurídicas, lo cierto es que en todos estos casos puede hablarse de sanciones cuando son infringidas, pero en caso de las normas jurídicas cabe la posibilidad de la existencia de normas desprovistas de sanción. En la segunda hipótesis, es decir, al cumplimiento de la norma aun con la oposición del destinatario, no puede hablarse de un signo distintivo ya que también en los convencionalismos sociales se presenta.

En atención a las consideraciones anteriores podemos observar que la coercibilidad no es una característica privativa de la norma jurídica y por tanto no es esta la que diferencia a los distintos tipos de norma. La característica que al parecer sí cumple con este cometido es la bilateralidad de las normas jurídicas, por ser ésta la característica formal de la que, están desprovistas las reglas de conducta correspondientes a la moral, la religión y los convencionalismos sociales.¹

Las normas que imponen deberes sin conferir facultades en relación recíproca, admiten ser designadas como unilaterales, o bien, imperativas; por el contrario aquellas que al atribuir un deber otorgan correlativamente una facultad son bilaterales o imperativo-atributivas. El número de sujetos a quienes van dirigidas las disposiciones de las primeras se reduce a uno, que es el obligado a acatarlas, mientras que en la relación con las segundas, su contenido normativo se proyecta, a un tiempo, hacia una dualidad de personas, que son: a) el obligado al cumplimiento de la carga impuesta y b) el titular del derecho correlativo.

En ese orden de ideas, bien podría pensarse metafóricamente que los deberes impuestos por una norma unilateral carecen de reverso; en cambio, los que

1 *Cfr.* Para poner de manifiesto la bilateralidad como característica de las normas jurídicas, GARCÍA MÁYNEZ (La definición del derecho, 2ª ed., Xalapa, Biblioteca de la Facultad de Derecho, 1960, pp. 118 y ss.) se expresa así: "De las múltiples teorías elaboradas al respecto, la más certera en nuestra opinión, es la que ve en la bilateralidad la forma o estructura lógica de la regulación jurídica... El comportamiento de los individuos en la vida común puede ser regulado de modo unilateral o de manera bilateral o multilateral. La regulación es unilateral o simplemente imperativa en los casos en que se obliga a un sujeto sin otorgar a otro la facultad de exigir del primero la observancia de lo prescrito... Frente a éste sólo existe una exigencia normativa, dirigida a su conciencia, mas no un derecho en ejercicio del cual otra persona pueda pretender la observancia del precepto... Solamente en sentido metafórico podría afirmarse que el obligado tiene derecho a exigirse a sí mismo el cumplimiento de lo que la norma estatuye. Esto último es lo que acontece, verbigracia, en el ámbito de la regulación moral, en la esfera religiosa y en la órbita de los convencionalismos sociales... La regulación es bilateral o imperativo-atributiva, cuando el precepto no impone sólo una obligación a determinado sujeto, sino que, al propio tiempo autoriza a otro a exigir de aquél la observancia de lo que la regla manda. El derecho no sólo obliga; también faculta. Por ello se ha dicho que su destinatario final no es el obligado, sino el pretensor... Las normas religiosas o morales, por el contrario, tienen como sujeto final al obligado, y reclaman la ejecución espontánea de lo prescrito".

imponen una bilateral sí lo tienen, pues implican una serie de facultades que guardan una relación de interdependencia indisoluble con los primeros.²

En los dispositivos jurídicos encontramos en ellos la presencia de dos diversos sujetos; uno, que es quien debe de cumplir con el contenido de la norma, y otro, el titular del derecho correlativo.

Sentado lo anterior, cabe determinar cuando surgen a la vida real los deberes y derechos que derivan de la norma para dejar así de ser meros efectos abstractos que la integran, pues ésta, al crearse, puede o no concretarse en un caso en particular (acaso nunca llegue a actualizarse). Por ende, se precisa algo provocador de su concreción, para que de esta manera sus consecuencias pasen a formar parte del *status* de ciertos individuos, superando las categorías de meros ideales carentes de positividad.³

Una vez dicho lo anterior, es conveniente señalar la estructura de la norma jurídica, para que de ésta forma podamos observar cual es ese momento en el cual la norma como supuesto normativo surge a la vida con las consecuencias de derecho respectivas para la misma.

Toda norma jurídica presenta dos elementos. El primero es el supuesto jurídico y por él se entiende la hipótesis de cuya realización depende el nacimiento de las consecuencias previstas por la norma; éstas son su segundo elemento y en razón de la naturaleza de que participan, obviamente jurídica, son calificadas como consecuencias de Derecho. Consisten en la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos y obligaciones. En esos términos, la norma alude en su primera parte determinado acontecimiento, al que independientemente de su origen, sea natural o provenga de un ser humano, en su segunda le atribuye ciertos efectos de derecho.⁴

² Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *El Fideicomiso*, 11ª ed., México, Ed. Porrúa, 2006, pp. 10 y 11.

³ *Ibidem*, p. 12.

⁴ *Ibidem*, p. 13.

Como lo señala GARCÍA MÁYNEZ,⁵ la simple enunciación del supuesto no implica necesariamente que el mismo se efectúe; por el contrario, entre el supuesto como mera hipótesis y su realización efectiva, existe una relación contingente, pues puede darse el caso de ciertas normas de las cuales, no obstante un largo lapso, su supuesto no llegue a actualizarse; más aún, podría, inclusive, no realizarse nunca. Entre la realización del supuesto y las consecuencias jurídicas, priva en cambio, una relación necesaria; esto es, al acontecer el suceso previsto por la norma, indefectiblemente tendrá lugar la creación, transmisión, modificación o extinción de los derechos y obligaciones, señalados por la misma, como efecto jurídico de la realización apuntada.

De las consideraciones precedentes cabe destacar ese acontecimiento indispensable para la actualización de las consecuencias señaladas por la norma, caracterizado, en términos generales, como hecho jurídico.

II. Los acontecimientos jurídicos en general

Una vez dicho lo anterior y resaltando la importancia de saber que, las consecuencias de derecho surgen a la vida al actualizarse los supuestos jurídicos que contempla la norma, y que dicha actualización acontece mediante un hecho, que, debido a los efectos producidos por él también merece el calificativo de *jurídico*. De esta manera se hace notoria la importancia de su estudio y su relevancia en el ámbito jurídico.

Ciertamente, la norma lo que contiene es un supuesto normativo, que, al actualizarse produce consecuencias jurídicas hasta el grado que dicha norma contempla, las que no se actualizan sino hasta el momento de la realización referida, y esa realización se efectúa mediante el hecho jurídico.

La primera tarea a proponernos es encontrar la razón por la cual un hecho merece ser calificado como jurídico, para distinguirlo de aquellos acontecimientos carentes de juricidad. Ello se logra teniendo en cuenta que

⁵ García Máñez, Eduardo, *ob. cit.*, p. 175.

tanto el hecho como la norma jurídica que le confiere efectos son indispensables para que éstos deban de producirse. El hecho por sí mismo no deja de ser un acontecimiento sin valor jurídico. Necesita la norma para cobrar ese valor.⁶ Por ejemplo; la muerte de una persona es un hecho regido por las leyes de la naturaleza, pero cobra importancia sólo en la medida en que una norma de derecho le asigne efectos normativos. Más aún, un mismo hecho puede ser intrascendente jurídicamente en un sistema normativo y ese mismo hecho puede tener consecuencias de derecho en otro sistema. Por ejemplo; la pena de muerte es permitida en diversas partes del mundo, pero, es una práctica prohibida en nuestro sistema jurídico.

También cabe la posibilidad de que dos hechos idénticos produzcan diferentes consecuencias jurídicas, ya que cada uno es analizado en su individualidad, y que en relación de ellos sólo uno o unos produzcan consecuencias jurídicas, debido al singular reconocimiento llevado a cabo por la norma de Derecho. Por ejemplo, un choque de automóviles múltiple, en el cual, de cuatro vehículos involucrados, sólo dos tienen contratado un seguro de daños contra terceros, en este caso, el hecho produce consecuencias normativas que surgen de la actualización del contrato de seguro y de la correspondiente obligación de la compañía aseguradora de responder de la respectiva prestación. En el caso de los dos automóviles restantes, los cuales no tienen contratado un seguro, el mismo acontecimiento no producirá consecuencias de derecho alguna, puesto que no existe dicha relación jurídica entre el automovilista y la compañía de seguros y por lo tanto, será para esos sujetos en específico, un hecho ajurídico. Se puede llegar al extremo de decir, que un mismo acontecimiento produce consecuencias jurídicas para un individuo y no para otro.

Una vez distinguido el hecho jurídico del carente de juricidad, con base en la distinción que prevalece entre ellos, pretenderemos conceptuar el mismo.

Con ciertas variantes de forma la doctrina se encuentra acorde en caracterizar el hecho jurídico como todo suceso, cuya procedencia puede ser humana o

⁶ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *ob cit.*, p. 14.

material, productor de consecuencias de derecho, consistiendo estas últimas en la creación, modificación, transmisión y extinción de facultades y deberes, reconocidos por una norma de rango jurídico.⁷

Se debe de tomar en cuenta que el origen de los distintos hechos jurídicos, la doctrina en general hace referencia en sus conceptos a diferentes clases de acontecimientos; es decir, de las ideas citadas se desprende que la causación de un hecho puede encontrarse en la naturaleza, en un animal o en un ser humano, con o sin la intervención de la voluntad en su realización, y si interviene, que ello sea en distintos grados, bien creando consecuencias jurídicas o simplemente aceptándolas, por encontrarse éstas previamente establecidas en determinado ordenamiento legal.

Pues bien, la ausencia absoluta de la intervención humana es un hecho jurídico, su presencia en mínima proporción, o su intervención como factor determinante, pero sólo en la realización del mismo y en acatamiento de consecuencias jurídicas establecidas con antelación en la ley, o, por último, cuando la propia voluntad se manifiesta para la realización del suceso y como elemento creador de dichas consecuencias, den pábulo, a distintas especies y subespecies del género hecho jurídico.⁸ Una vez dicho lo anterior, se procederá al estudio de las diversas concepciones que a lo largo del devenir histórico se han tenido acerca del hecho jurídico, a saber, la concepción tradicional y otra moderna.

III. Clasificación tradicional de los hechos jurídicos (Teoría Francesa).

La doctrina francesa de principios del siglo XIX, notoriamente influida por los acontecimientos jurídico-legislativos acontecidos en los albores de ese siglo, es decir, por el Código Napoleón, consideró, en forma unánime la existencia de dos especies correspondientes al género hecho jurídico que son: a) hecho jurídico en sentido estricto, y b) acto jurídico.

⁷ *Ibidem*, p. 16.

⁸ *Idem*.

De conformidad con lo anterior, por hecho jurídico en sentido estricto se entiende todo acontecimiento que provenga de la naturaleza o del hombre que produce consecuencias de Derecho, no obstante que cuando proviene de un ser humano, no existe una intención creadora de los mencionados efectos. Es decir, el hombre se convierte en objeto y no en sujeto de las consecuencias que producen sus propios actos. En ellos no interviene un elemento volitivo para producir tales o cuales consecuencias, sino, simplemente se producen por su actividad externa quiera o no las consecuencias, indistintamente se presentan.

Ahora bien, según su fuente, procede tener en cuenta dos clases de hechos jurídicos en sentido estricto; hechos de la naturaleza y hechos voluntarios.

Entendemos por hechos de la naturaleza, todos aquellos acontecimientos que sin ninguna intervención humana ocurren y los cuales acarrear consecuencias de derecho, es decir, crean, transmiten, modifican y extinguen derechos y obligaciones, por ejemplo, las tempestades, un terremoto, el nacimiento o la muerte de algún animal o de un ser humano, etc.

Los hechos jurídicos voluntarios se definen, por su parte, como los acontecimientos que producen consecuencias de derecho y en cuya realización interviene en mayor o menor grado la voluntad, mas no para la producción de tales consecuencias jurídicas que provocan. Siguiendo a la concepción tradicional francesa, admiten dividirse en lícitos e ilícitos; los primeros son cuasi-contratos y los segundos delitos y cuasi-delitos.⁹

Los hechos ilícitos son los delitos y los cuasidelitos. En los delitos existe la intención de dañar, pero no la de originar consecuencias jurídicas; por esto no son actos jurídicos. Los hechos voluntarios lícitos fueron llamados en el antiguo derecho francés, siguiendo a los glosadores, cuasicontratos; y expresamente el Código Napoleón acepta esta denominación. Los cuasicontratos son hechos voluntarios lícitos; se considera como tales; la

⁹ *Ibidem*, p. 19.

gestión de negocios, el pago de lo indebido y ciertos casos de copropiedad, en virtud de que estas situaciones implican actos del hombre, sin que haya la intención de originar consecuencias de derecho.¹⁰

Los delitos y los cuasi-delitos difieren de los cuasi-contratos en que el hecho de donde resulta el segundo es permitido por las leyes en tanto que el que constituye el delito o el cuasi-delito es un hecho condenable. El autor de un delito intencional tiene la intención de causar daño, pero no de resarcirlo, y, sin embargo, por el hecho de cometerlo nace su obligación de indemnización. En cambio, quien comete un delito de imprudencia, es decir, un cuasi-delito, hace que nazca en su contra la obligación de indemnizar el daño que cause, aún, nunca haya querido cometer dicho delito.

La doctrina francesa en su generalidad, y las que la siguen, entre ellas nuestra legislación, coinciden en aseverar que la diferencia entre acto jurídico y hecho en sentido estricto, estriba en la desigual proyección de la voluntad para el nacimiento de las consecuencias de Derecho.

Ahora se procederá al análisis de la otra especie del género hecho jurídico: el acto jurídico. *“En todo acto jurídico encontramos una manifestación de voluntad, es decir, la exteriorización de un propósito que puede efectuarse por una declaración de voluntad, o bien, por actos que revelen en el sujeto la intención de llevar a cabo acciones que el derecho reconoce y a las cuales imputa determinadas consecuencias”*.¹¹

Para concluir lo respectivo al acto jurídico en esta teoría bastaría conceptualizar al mismo y siguiendo a ROJINA VILLEGAS,¹² *“El acto jurídico es una manifestación de voluntad que se hace con la intención de producir consecuencias de derecho, las cuales son reconocidas por el ordenamiento jurídico”*.

¹⁰ Rojina Villegas, Rafael, *Compendio de Derecho Civil*, 37ª ed., México, Ed. Porrúa, 2006, t. I, p. 116.

¹¹ *Ibidem*, p. 117.

¹² *Ibidem*, p. 115.

IV. Concepción Moderna de las especies del hecho jurídico (Teoría Alemana)

Se concibieron en Alemania durante la segunda mitad del siglo XIX para adoptarse legislativamente en el Código Civil Alemán, cuyos tratadistas han sido los mayores promotores de la misma, y los cuales, han encontrado eco en los doctrinarios italianos y españoles.

En términos generales, tanto la doctrina francesa como la alemana se fundan en los mismos razonamientos, hecha la salvedad de que ésta última ahonda y profundiza más sus meditaciones, pero acude al mismo tiempo a fundamentos más lógicos. Según ello, procede considerar también un denominador común a los acontecimientos respecto a los cuales el Derecho les reconoce producción de consecuencias en su ámbito, que es hecho jurídico en sentido amplio. Asimismo son conocidas por esta corriente los conceptos de hecho y acto jurídico, como especies de aquel, pero los significados de éstos, tienen algunas diferencias que orillan a estudiarlos por separados. Además, y he aquí la aportación al mundo del Derecho realizado por el pandectismo alemán, nos encontramos ante la contemplación de una categoría específica de actos jurídicos, con independencia de las distintas clases en que puedan clasificarse éstos, es decir, no especie en cuanto sean actos jurídicos unilaterales y bilaterales, consensuales, formales y solemnes, sino que difiere en sí del acto jurídico estrictamente hablando, debido a la función que la voluntad desempeña en su realización y en la creación de los efectos de Derecho deseados por el autor. Se trata del *Negocio Jurídico*.¹³

1) Hecho Jurídico en sentido estricto

Para esta teoría, a diferencia de la francesa, al hecho jurídico en sentido estricto, encuadran de forma exclusiva a los hechos de la naturaleza, los cuales, producen consecuencias de Derecho y por tanto, son ajenos a la voluntad del hombre, por no derivar de ella. Como ejemplo, el nacimiento, la muerte, la enfermedad, los desastres naturales, etc.

¹³ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *ob. cit.*, p. 22.

Ahora bien, cabe calificar con el mismo calificativo de hechos jurídicos, aquellos que a pesar de ser provocados por un ser humano, como no interviene su voluntad en la realización, se atiende a los efectos producidos, los cuales, por tanto, no admiten ser considerados como actos jurídicos.

Al realizar una labor comparativa entre los conceptos de hecho jurídico en ambas teorías, se encuentra con una mayor significancia lógica en la alemana, ya que, para la teoría tradicional, existen hechos que son realizados, y con plena consciencia, por los individuos (recuérdese la gestión de negocios), provocando una incongruencia, pues indudablemente al hablar de intervención volitiva, lo apropiado es considerarlo como un acto jurídico y no como un hecho voluntario lícito conocido como cuasi-contrato.

2) Acto Jurídico

El acto cuenta también con especies, a saber: acto jurídico, en su acepción limitada y negocio jurídico.

Así, se entiende por acto jurídico, en su acepción limitada, en oposición a negocio, toda manifestación de voluntad que tiende a la realización de un acontecimiento, al cual el ordenamiento legal ya le ha señalado las consecuencias de derecho que por su verificación se actualizarán. Como se desprende de la noción anterior, el autor de un acto simplemente se limita a realizarlo y basta la plena intervención de su voluntad en dicha realización para que la ley le atribuya los efectos jurídicos preestablecidos en ella.

En otras palabras, la conducta del sujeto se limita a someterse conscientemente a una serie de consecuencias jurídicas ya fijadas en los dispositivos y con la verificación del acto nacen, *ipso jure*, esas consecuencias, siendo irrelevante para la ley que la voluntad de quien la otorga coincida con ellas, las haya querido parcialmente, o inclusive, se encuentre en total inconformidad con las mismas.

Como puede observarse, la intervención de la voluntad en la celebración del acto jurídico se encuentra limitada solo a la realización, sin estar facultado el autor a agregar ciertas cláusulas adicionales como modalidades, renunciar, repudiar o evitar los derechos y obligaciones a que respectivamente diera lugar su celebración.

En esas condiciones el matrimonio admite catalogarse como acto jurídico en sentido restringido, pues en su celebración los contrayentes se limitan a aceptar la regulación que de sus efectos ya haya llevado a cabo el ordenamiento, sin tener opción alguna para autorregularse mediante la adición de ciertas cláusulas, por ejemplo, limitando su vigencia a cierto tiempo, renunciando a la vida en común, etc.¹⁴

3) El Negocio Jurídico

A) El Negocio Jurídico y la autonomía de la voluntad

Para el tratamiento de este trascendental tema, en el presente punto únicamente se esbozarán algunas aclaraciones sobre el mismo, ya que, será abordado con mayor profundidad dentro de este mismo trabajo, específicamente en el Título Cuarto.

El individuo para vivir y desenvolverse frente a sus semejantes, ha requerido y seguirá requiriendo y por ende, el Estado deberá reconocerle, un margen de libertad que le permita crear dentro de las directrices señaladas en las instituciones jurídicas, una serie de relaciones y vinculaciones jurídicas las cuáles regularán su conducta hacia los demás y de éstos hacia él. Como bien lo señala DE CASTRO Y BRAVO,¹⁵ *“El reconocimiento de la autonomía privada es una exigencia que lleva consigo la misma condición de la persona humana”*.

¹⁴ *Ibidem*, pp. 23 y 24.

¹⁵ De Castro y Bravo, Federico, *El Negocio Jurídico*, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1971, p. 12.

“Conciente por su parte la autoridad estatal de que la función legislativa es consecuencia de esa serie de hechos realizados por los individuos para la satisfacción de sus necesidades, no solo se abstiene de crear figuras nuevas de dudosa utilización y observancia práctica, sino además, concede a los particulares mediante sus propios dispositivos, la facultad de crear actos no regulados por aquellos...Pues bien, esta libertad del particular de autorregularse, que el Estado le confiere mediante el reconocimiento de la autonomía de la voluntad privada, es la que da lugar cuando se ejercita, a la creación o aceptación de los negocios jurídicos, o sean todos aquellos acontecimientos, en los que precisamente, con base en esa libertad, cuando exteriorizan su intención quienes los realizan, no sólo están queriendo el acontecimiento sino también pretenden el nacimiento de las consecuencias jurídicas. Es así como el negocio jurídico viene a ser el acontecimiento cuya esencia consiste en que el particular dicte y se dé normas.”¹⁶

B) Acto Stricto Sensu y Negocio Jurídico.

Una vez desglosados ambos conceptos, nos damos a la tarea de realizar una nota comparativa entre ambos, de forma que se puedan distinguir sus diferencias y similitudes. Como se ha apuntado, la línea divisoria en la teoría francesa del hecho y el acto jurídico se da por el desenvolvimiento de la voluntad humana y su diversa proyección hacia los actos exteriores del hombre, en cambio, en la alemana, si bien la voluntad sigue siendo fundamental, ya no es su simple expresión, voluntaria o no, la productora del acto o el hecho, sino, la voluntad entendida para la obtención de las consecuencias de derecho que la misma persigue, es decir, simplemente adecuarse a las consecuencias planteadas en la legislación o crear las partes su propia normatividad, la cual, será ley entre las mismas y además, tutelada por el ordenamiento jurídico y el poder estatal. El Negocio Jurídico, se manifiesta como la expresión suprema de la autonomía de la voluntad.

¹⁶ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *ob.cit.*, pp. 25 y 26.

Ciertamente, los actos jurídicos en sentido estricto, producen modificaciones en las situaciones jurídicas que no dependen de la voluntad del sujeto, sino de la ley, mientras que el negocio debe de consistir en una manifestación de voluntad llevada a efecto con la intención de producir consecuencias jurídicas que solo afectan el interés privado, pero, siempre custodiado por la legislación de que no se viole con esas disposiciones privadas el orden público.

C) La doctrina mexicana ante la figura del Negocio Jurídico.

Debido a la influencia que han ejercido la legislación y doctrina francesa en nuestro medio, la mayoría de los tratadistas nacionales omiten referirse al negocio jurídico; excepcionalmente hay quien estudie, cultive y, en su caso, fomenta y coadyuve a la difusión de la figura comentada.¹⁷

Por el contrario, dentro de la doctrina mexicana (si bien, la mínima parte de la misma) algunos autores se han dedicado al cultivo de la misma y de ellos quien prestó mayor atención al mismo es ORTIZ URQUIDI¹⁸ quien nos dice:

“En esas condiciones, el hecho jurídico es el acontecimiento en el que no interviene la voluntad ni en su realización, ni en la creación de consecuencias, y sin embargo, éstas se producen en el acto, la voluntad sólo interviene en su realización y no en la creación de consecuencias, y por último, si de un negocio jurídico se trata, la voluntad de su autor o partes, interviene tanto en la realización como para crear las consecuencias jurídicas...”. El citado autor complementa sus ideas con la siguiente aseveración, “...la licitud es elemento básico, *sine qua non*, del negocio jurídico, o sea acto para los franceses, pues si el autor o las partes, realizan un hecho ilícito, por más que lo hagan voluntariamente (primer momento) y estén de acuerdo (segundo momento), en tal producción de efectos, ese hecho nunca tendrá el carácter de negocio...”.

¹⁷ *Ibidem*, p. 33.

¹⁸ Ortiz Urquidi, Raúl, *Derecho Civil*, 2ª ed., México, Ed. Porrúa, 1982, pp 236 y ss.

En nuestro Código Civil que ha recibido influencia directa tanto del Código Napoleón como de la doctrina francesa, se ha reflejado y ha cristalizado la teoría emanada de dicho país, y omite cualquier alusión al negocio jurídico y por el contrario la referencia expresa al acto o a los actos jurídicos es constante en su contenido.

Como lo expresa DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ¹⁹, “...de no ser respecto de la gestión de negocios, difícilmente encontramos cualquier otra mención del vocablo negocio o negocios y la utilización de la palabra en la parte relativa a la figura apuntada, es para aludir a asuntos o negociaciones, mas no para referirse al concepto ahora comentado...”. Como podemos observar en nuestra legislación vigente es prácticamente inexistente la mención del concepto de negocio jurídico y en concordancia su regulación mucho menos, por lo tanto, cualquier aseveración que se haga sobre dicho concepto es meramente teórico, pero no menos útil, ya que como lo veremos, la institución objeto de éste análisis y muchas otras reguladas en nuestro derecho positivo, no son más que negocios jurídicos.

V) La Asociación en Participación es un Negocio Jurídico

Antes de exponer nuestro punto de vista acerca de la naturaleza jurídica de nuestra institución, tenemos que decir que en nuestro sistema jurídico, no hay duda de que la misma es un contrato, pero, a nuestro parecer, no es la naturaleza jurídica que mejor responde a la realidad, versatilidad, practicidad y racionalidad económica de la Asociación en Participación, (en adelante, A. en P.) sin embargo, también creemos importante exponer otro punto de vista al respecto, el cual, se desarrollará a lo largo del presente trabajo en sus diversos Títulos.

La simple lectura de los ocho artículos que se contienen en el capítulo XIII de la Ley General de Sociedades Mercantiles, (en adelante, LGSM) correspondientes a la A. en P. pone inmediatamente de manifiesto el campo

¹⁹ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *Derecho Civil*, 9ª ed., México, Ed. Porrúa, 2003, p. 518.

tan grande en el que puede desplazarse la autonomía de la voluntad privada, cuando tiene lugar la celebración de alguna operación comercial derivada de la utilización de dicho negocio, más aun, en el Derecho Positivo Mexicano, únicamente el fideicomiso cuenta con una flexibilidad mayor que la dispuesta por la A. en P. para la realización de actos reconocidos por el Derecho.

Lo anterior se corrobora con las posibilidades siguientes: no se constituye una persona moral con personalidad jurídica distinta de la del asociante y asociado (art. 253); no necesita publicidad su conformación (art. 254); en los contratos de A. en P. se fijarán los términos, proporciones de interés y demás condiciones en que deba realizarse (art. 255); las partes deciden la forma de distribución de las utilidades y de las pérdidas (art. 258); las A. en P. funcionan, se disuelven y liquidan de acuerdo a lo pactado por las partes (art. 259); sólo a falta de las estipulaciones anteriores y en forma supletoria la A. en P. se registrará por las disposiciones de las Sociedades en Nombre Colectivo, siempre y cuando, no sean opuestas a las disposiciones especiales para la A. en P.

Pues bien, la reglamentación tan liberal prevista para la A. en P. en los términos de la LGSM, debido a la pluralidad de posibilidades por ella permitida, ha abierto la puerta a una serie innumerable de operaciones, de tal naturaleza, comunes y simples algunas, y extraordinarias y complejas otras. Lo mismo puede aportar el asociado inmuebles, cualquier tipo de muebles, títulos de crédito, y el asociante puede aportar su experiencia, prestigio o conocimiento para la realización del negocio, ser remunerado por el mismo, percibir alimentos, ser socio industrial y un sinnúmero de posibilidades que otorga la A. en P.

Además, los fines que se proponen mediante la celebración de una A. en P., van desde la transmisión de propiedad, comienzo y desarrollo de una negociación mercantil o de una o varias operaciones de comercio, la administración de un capital mediante este negocio de colaboración.

En fin, todas las consideraciones anteriores sólo permiten afirmar que la A. en P. debe de considerarse como una especie de los negocios jurídicos, en

oposición de los actos jurídicos en sentido estricto, por supuesto, siguiendo la teoría alemana. Lo anterior, es sólo nuestro punto de vista al respecto de la A. en P., recordando la aclaración que hicimos al principio del presente punto.

Capítulo II

Elementos Esenciales y de Validez de la Asociación en Participación.

I. Consideraciones Generales

“Los negocios jurídicos requieren de ciertos elementos para su completa estructuración y el conjunto de éstos integran a aquéllos. En efecto, con sólo observar los conceptos emitidos en relación con tales figuras, encontramos en ellos la manifestación de una o varias voluntades, las cuales traen aparejado un objeto determinado. Además, existen algunos negocios jurídicos, en los que, al celebrarse, es requisito indispensable para su configuración, la observancia de ciertas formalidades específicas, las cuales debido a su importancia, admiten la denominación de *solemnidades*.”²⁰

Ciertamente, -continúa Domínguez Martínez- toda manifestación de voluntad ha de provenir de un sujeto al que el ordenamiento legal le reconozca capacidad para celebrar esa clase de operaciones, y no sólo eso sino además, dicha manifestación habrá de realizarse libre, conscientemente y en acatamiento a la forma establecida en la ley para el negocio respectivo. Por lo que al objeto se refiere, dada por supuesta su posibilidad, tanto física como jurídica, no deberá contrariar las prescripciones impuestas por las leyes de orden público y las buenas costumbres. Idéntica coincidencia deberán observar como requisito tanto el fin o motivo, o la condición del negocio jurídico de que se trate.

²⁰ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *El Fideicomiso, cit.*, p. 39.

En esas condiciones, a reserva de analizar su contenido, cabe considerar con el carácter de elementos esenciales del negocio jurídico los siguientes: manifestación de voluntad, objeto y solemnidad, los dos primeros comunes a todos los negocios, y la última deberá pasar lista de presente en aquellos para cuya celebración el ordenamiento legal la impone. Portan la etiqueta de elementos de validez, o de requisitos de los esenciales: la licitud en el objeto, en el motivo, fin o en la condición del negocio, es decir, que aquéllos sean lícitos; la capacidad para celebrar negocios jurídicos reconocida por la ley para su autor o partes, esto es, que la manifestación de voluntad, sea una o varias, provenga o provengan, en su caso, de una persona o personas capaces; la forma, o lo que es lo mismo, que las manifestaciones de voluntad tengan lugar en observancia a las formalidades previstas por la ley para tal efecto, y en el último término, la ausencia de vicios en la voluntad, lo que quiere decir, contemplar una manifestación libre y consciente.²¹

Una vez hechas las aseveraciones anteriores, se procederá en los apartados siguientes a comentar sobre los elementos esenciales como los de validez de la A. en P., debido a lo cual, por cierto, se omitirá cualquier consideración respecto a la solemnidad, pues no se requiere su presencia para la configuración del mencionado negocio.

II. Elementos Esenciales

En este apartado se estudiará, como se adelantó en el punto anterior, la enumeración y definición de los elementos esenciales del negocio jurídico, teniendo en cuenta que la manifestación de voluntad y el objeto son elementos esenciales o de fondo y también cabe manifestar que la voluntad se considera como elemento psicológico del negocio, en oposición a los elementos materiales del mismo, que son el objeto y la solemnidad cuando esta última es requerida por la ley, que como se advirtió en el caso del presente trabajo no es necesaria para nuestra institución en estudio.

²¹ *Ibidem*, pp. 39 y 40.

1) Consentimiento

“Para que tenga lugar una plena manifestación de voluntad, el proceso volitivo habido en el fuero interno del sujeto debe de proceder a una declaración externa coincidente con aquél. Así una voluntad sin exteriorizarse, es decir, el fenómeno psicológico configurado por la concepción, deliberación, e inclusive la decisión, es insuficiente para representar al elemento esencial del negocio jurídico que fuere; por su parte, la declaración externa aisladamente considerada, esto es, con independencia de su fuente volitiva, tampoco considera en su totalidad el elemento que contemplamos. Por ende, la manifestación de voluntad como elemento esencial del negocio jurídico, es un complejo integrado por una declaración concordante con la voluntad interna que la originó... .

La manifestación de voluntad puede tener lugar tanto expresa como tácitamente. Es expresa, cuando su realización es mediante cualquiera de los medios por los que el ser humano se comunica con sus semejantes, o sea, la voz, la escritura, e inclusive gestos y ademanes mímicos. La voluntad será tácita, en su caso, cuando aunque no se manifieste por una manifestación formal, resultare, sin embargo de los hechos que de manera necesaria e indubitable revelan un determinado propósito. Por otra parte se advierte que la manifestación tácita de voluntad tiene lugar no únicamente por medio de una actividad, esto es, hechos positivos, sino también puede hecérsele derivar de abstenciones... .

Ahora bien, -continúa diciendo Domínguez Martínez- la manifestación de voluntad individualmente apreciada, es insuficiente para la integración del primer elemento esencial requerido por aquellos negocios jurídicos que son plurilaterales, precisamente por que el número de voluntades que necesitan para su realización, deben ser más de una... no se concibe una figura contractual, como negocio jurídico, en la que no intervengan cuando menos dos voluntades.

De acuerdo a lo anterior, si de negocios plurilaterales se trata, el primer elemento esencial gira en forma tal que se traduce en un consentimiento, concepto éste envolvente de la pluralidad de voluntades requeridas para la integración del negocio en cuestión.

En fin, procede considerar dos clases de negocios jurídicos tomando en cuenta el número de voluntades que intervienen en su realización. Estaremos ante un negocio *unilateral*, mientras este se perfeccione con la intervención de una sola voluntad a cuyo titular debe caracterizársele como autor del mismo; por el contrario, observaremos una *plurilateral*, cuando para su estructuración requiere la convergencia de dos o más manifestaciones de voluntad. En este caso, quienes lo celebran son denominados *partes* y el acuerdo de voluntades mencionado se traduce en *consentimiento...*”.²²

Una vez dicho lo anterior, nos referiremos al consentimiento en materia de la A. en P., del cual, podemos decir que de acuerdo al art. 252 de la LGSM le otorga una franca contractualidad, es decir, que la A. en P. es un contrato en nuestro sistema jurídico, y como tal, la manifestación de voluntad individualmente considerada es insuficiente pues requiere de la intervención de dos o más voluntades (asociado y asociante) para la debida composición de este elemento esencial. En esas condiciones, estamos ante un negocio jurídico en cuya estructura se requiere de la participación de dos o más voluntades, que otorguen su consentimiento, ya que con este término se alude a la participación de esas dos o más voluntades, una quiere y la otra u otras consienten y todas coinciden en un punto considerado como acuerdo, y no solo eso, sino que, como se ha apuntado, también coinciden en las consecuencias de Derecho que dicho negocio les conlleve a ambas partes con la única limitante de no infringir el orden público y/o las buenas costumbres.

La concurrencia de voluntad del asociante y del asociado, deben de tener el ánimo, o sea, la intención, en primer lugar del asociado, para dar una cosa o

²² *Ibidem*, pp. 41 y ss.

prestar un servicio al asociante y la voluntad de éste para realizar las operaciones de comercio, y hacer partícipe a áquel de las utilidades o pérdidas de las mismas.

2) Objeto directo e indirecto

Una vez analizada la manifestación de voluntad, o el consentimiento en su caso, como primer elemento esencial de cualquier negocio jurídico, se proponen un objeto, que es el nacimiento de efectos jurídicos los cuales consisten en la creación, modificación, transmisión o extinción de derechos y obligaciones.

De los estudios doctrinarios en relación a este segundo elemento esencial de los negocios ha surgido una dualidad de objetos, directo uno e indirecto el otro, acerca de lo cual no puede decirse que la legislación lo utilice ya que se limita a regular al objeto en general, a saber lo estipulado en el art. 1794 del Código Civil Federal (en adelante, CCF).

“El objeto directo –dice Domínguez Martínez- de los negocios jurídicos es, precisamente, ese nacimiento de consecuencias jurídicas, o sea, la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos, de obligaciones, o de situaciones jurídicas, mientras que el indirecto está representado tanto por el directo de la obligación, es decir, la prestación a cargo del obligado, que puede ser positiva, de dar o hacer, o negativa, esto es una abstención, como por el objeto también indirecto de la propia obligación, el cual toma el mismo carácter en relación con el negocio. Es la cosa, el hecho o la abstención en si mismos, relacionados con la conducta del deudor.

Ahora bien, tratase de objeto directo o indirecto del negocio jurídico, lo cierto es que ambos deben reunir ciertas características; el primero habrá de ser jurídicamente posible y en el segundo dicha posibilidad no se limita a ser jurídica, sino también, debe ser física.

La posibilidad jurídica del objeto directo implica que los efectos nacidos a consecuencia de una o varias declaraciones de voluntad, sean reconocidas por el derecho, al no existir una norma jurídica que sea un obstáculo insalvable; la cosa, en su carácter de objeto indirecto, será físicamente posible si existe en la naturaleza, y su posibilidad jurídica está condicionada a que sea determinada o determinable en cuanto a su especie y a que se encuentre en el comercio; el hecho o la abstención por su parte, deberán ser físicamente posibles como objeto indirecto del negocio, lo cual se traduce en que no se oponga a ellos alguna ley de la naturaleza, que represente un obstáculo imposible de salvar para su realización.”²³

Respecto de la A. en P., en cuanto a este segundo elemento esencial del mismo, es decir, el objeto, el art. 252 de la LGSM, nos dice que, la A. en P. es un contrato por el cual una persona concede²⁴ a otras que le aportan bienes o servicios, una participación en las utilidades y en las pérdidas de una negociación mercantil o de una o varias operaciones de comercio.

En cuanto al objeto directo tenemos que en este negocio, como se había mencionado, tienen que ver todas las consecuencias de Derecho que le acarrearán a ambas partes, el nacimiento o manejo de una negociación mercantil o la realización de una o varias operaciones de comercio. En tanto que el objeto indirecto, tiene que ver con las prestaciones o abstenciones a cargo, tanto del asociado como del asociante, así como también con el objeto de la propia obligación, es decir, entregar la cosa, prestar el hecho o abstenerse de algo, relacionados con la conducta del correspondiente deudor. En materia de A. en P. la prestación de la cosa consiste en la transmisión del dominio, uso o

²³ *Ibidem*, pp. 54 y 55

²⁴ En cuanto a la utilización del vocablo “concede” que significa dar u otorgar, en la citada definición legal, no estamos de acuerdo, ya que, se entiende como una aportación gratuita de la cual no se espera contraprestación, cuando en realidad la A. en P. es una institución netamente lucrativa y, por lo cual, creemos conveniente la utilización del vocablo “presta” derivado de prestación, que significa cosa o servicio convenido en un pacto, y como acertadamente lo regula el CCF en las obligaciones de dar (art. 2011) y en las obligaciones de hacer o no hacer (art. 2027) que son los tipos de obligaciones que pueden surgir de una A. en P., en la cual, el asociado aporta bienes o servicios, y espera como contraprestación por los mismos que el asociante le preste, en este caso, una participación en las utilidades y, en su caso, en las pérdidas que arroje la negociación mercantil o la o las operaciones de comercio.

goce de bienes que el asociado transfiere al asociante para participar en la negociación u operación comercial de éste último, y respecto a la prestación del asociante en emplear los bienes a que se comprometió para la realización de las operaciones de comercio, en la restitución de aquellos bienes de los que el asociado no transmitió la propiedad y en la entrega del porcentaje de utilidades o pérdidas.

Es necesario seguir tratando sobre los derechos y obligaciones que integran el objeto directo de la A. en P., y que se encuentran distribuidos entre los dos niveles que corresponden a los sujetos que participan en la dinámica de la institución.

El asociado tendrá derecho a la rendición de cuentas, participar en las utilidades, restitución de los bienes aportados (si se acordó), etc. Por otra parte, tendrá la obligación, entre otras, de aportar bienes o servicios al asociante. Por su parte, el asociante tendrá derecho a participar en las utilidades, a recibir una remuneración, percibir alimentos, etc. Este último, tendrá como obligación, entre otras, la de restituir los bienes (si se acordó), rendir cuentas al asociado, etc. Los anteriores ejemplos no son exhaustivos, ya que más adelante se tratará por separado cada uno de los temas anteriores.

En cuanto al objeto indirecto, tenemos que de acuerdo al art. 252 de la mencionada ley, nos indica que el asociado *aporta* bienes o servicios a otra, denominada asociante, a cambio de que ésta última le participe de las utilidades o pérdidas, es decir, el objeto de la propia obligación, es de carácter obligacional y no de carácter real, ya que no recae sobre una cosa o un derecho, en su caso, sólo obligan a una conducta o a una abstención a cargo del asociante, pero además, sus efectos son traslativos de dominio, como puede pensarse tomando como referencia al art. 257 de la LGSM, que nos dice que respecto a terceros los bienes aportados pertenecen en propiedad al asociante, es decir, no se trata de una transmisión plena porque el propio asociado es quien señala el destino para los bienes, es el que acuerda con el asociante los fines de los mismos para la consecución del fin que ambos desean alcanzar, con la correcta dirección e intervención necesaria por parte

del asociante para comandar la negociación o la operación de comercio, por lo que sólo podrían llevarse a cabo respecto de los bienes aportados los actos jurídicos tendientes a lograr los fines propuestos y en ningún caso en contravención a los mismos.

Más adelante, en el capítulo IV del Título Segundo del presente trabajo, se hará un análisis más profundo del tema precedente, es decir, de la propiedad de los bienes aportados a la A. en P.

III. Elementos de validez de la Asociación en Participación

1) Licitud en el objeto, fin, motivo o en la condición de la Asociación en Participación

En términos generales la licitud del objeto, fin, motivo o en las condicionantes de todo negocio jurídico, consisten en que éstos vayan en concordancia a las leyes de orden público y a las buenas costumbres.²⁵

En la LGSM no se hace mención específica acerca de la licitud en cualquiera de las condiciones mencionadas en la A. en P., no obstante, al tratarse de un negocio jurídico donde la autonomía de la voluntad funge como ley entre las partes, es necesario calificar específicamente en cada ocasión en particular la licitud en el objeto, fin, motivo o en las condicionantes de cada negocio. En este caso, solamente la autoridad judicial podrá pronunciarse acerca de la licitud del negocio, por ser la misma, la única facultada para interpretar la concepción de orden público y de las buenas costumbres prevalecientes en la colectividad en un tiempo determinado y , en su caso, resolverá acerca de las pugnas que se susciten en cada caso si el fin de una A. en P. está o no en

²⁵ Cfr. De acuerdo a PLANIOL, las leyes de orden público, además de las correspondientes al Derecho Público, como las relativas a la organización del Estado o a las obligaciones o derechos de los particulares en materia política, son las que perteneciendo al Derecho Privado, fueron motivadas por un interés general, que se menoscabaría si los particulares impidieren su aplicación, en tanto que por buenas costumbres debemos de entender la concepción que la sociedad de cierto tiempo y lugar tenga respecto a lo que es moral, y por ende, legal, es decir, no repudiado por la sociedad y en consecuencia no vetada por la ley. (Planiol, Marcel, *Tratado Elemental de Derecho Civil*, trad. Esp. de José M. Cajica Jr., a la 12ª ed. francesa, Puebla, Ed. José M. Cajica Jr., 1942, vol. III, p. 161.)

pugna con tales concepciones, comentario éste aplicable y extensivo al objeto, al fin y a la condición, en su caso.

2) Capacidad de ejercicio

Antes de hablar de una de las partes (capacidad de ejercicio) que conforman a la capacidad en general, consideramos importante hablar del mismo concepto como atributo de la personalidad, y respecto del cual, siguiendo a ROJINA VILLEGAS²⁶ nos dice que:

“La capacidad es el atributo más importante de las personas. Todo sujeto de derecho, por serlo, debe de tener capacidad jurídica; ésta puede ser total o parcial. Es la capacidad de goce el atributo esencial e imprescindible de toda persona, ya que la capacidad de ejercicio que se refiere a las personas físicas, puede faltar en ellas y, sin embargo, existir la personalidad. La capacidad se divide en capacidad de goce y capacidad de ejercicio.

La capacidad de goce es la aptitud para ser titular de derechos o para ser sujeto de obligaciones. Todo sujeto debe tenerla. Si se suprime, desaparece la personalidad por cuanto que impide al ente la posibilidad jurídica de actuar...”.

Una vez dicho lo anterior, nos referiremos a continuación a la capacidad de ejercicio, de la cual podemos decir que:

“Esta capacidad –siguiendo a Rojina Villegas- supone la posibilidad jurídica en el sujeto de hacer valer directamente sus derechos, de celebrar en nombre propio actos jurídicos, de contraer y cumplir sus obligaciones y de ejercitar las acciones conducentes ante los tribunales. Por lo tanto, la incapacidad de ejercicio impide al sujeto hacer valer sus derechos, celebrar en nombre propio actos jurídicos, contraer y cumplir sus obligaciones o

²⁶ Rojina Villegas, Rafael, *ob cit.*, p. 158.

ejercitar sus acciones. De aquí la necesidad de que un representante sea quien haga valer esos derechos o acciones o que se obligue y cumpla por el incapaz o celebre por él los actos jurídicos. Es así como la representación legal surge en el derecho como una institución auxiliar de la incapacidad de ejercicio.”

“Podemos definir brevemente la capacidad de ejercicio, diciendo que es la aptitud de participar directamente en la vida jurídica, es decir, de hacerlo personalmente.”²⁷

De conformidad con los diversos artículos del CCF, que regulan lo concerniente a la capacidad de ejercicio, los mayores de edad cuentan con un *status* jurídico que les permite disponer libremente de sus bienes, mediante la celebración de negocios jurídicos. En efecto, según lo prevé el art. 24 del mencionado ordenamiento “el mayor de edad tiene la facultad de disponer libremente de su persona y de sus bienes, salvo las limitaciones que establece la ley”.

En sentido contrario, el propio CCF declara que son incapaces tanto natural como legalmente los menores de edad y los mayores que por causa de enfermedad 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 sí mismos o por algún medio que las supla (art. 450). Más bien se trata de incapacidades legales.²⁸

Pues bien, de las anteriores aseveraciones se desprende que podrán ser asociado y asociante, por encontrarse en aptitud legal para hacer valer directamente sus derechos y contraer y cumplir con sus obligaciones, todo mayor de edad que no esté incapacitado por alguna de las causas señaladas en el art. 450, ya referido. Asimismo, para que sea válido un negocio de A. en P., que tuviere como objeto ciertos bienes o derechos propiedad de un

²⁷ *Ibídem*, p. 164.

²⁸ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *El Fideicomiso*, *cit.*, pp. 62 y 63.

incapacitado o de un menor de edad, deberá llevarse a cabo por medio de su representante, quien a su vez, habrá de solicitar la autorización judicial a que se refieren los arts. 436, 561 y relativos del CCF.

Por ello cualquier persona que tenga capacidad legal para contratar puede celebrar un negocio de A. en P.; *“Basta que los contratantes tengan capacidad legal (art. 5 del Código de Comercio, en adelante, CCo) para ser asociante o asociado; pero no pueden ser asociantes, en virtud de que no puedan ejercer el comercio, los corredores, los quebrados que no hayan sido rehabilitados, ni los que por sentencia ejecutoriada hayan sido condenados por delitos contra la propiedad (art. 12 CCo); ni los extranjeros, o sociedades con capital mayoritariamente extranjero, respecto de actividades reservadas de manera exclusiva a mexicanos (art. 4 de la Ley de Inversión Extranjera).”*²⁹ Cabe mencionar que las incapacidades señaladas en el art 12 del CCo, son incapacidades de goce, ya que la propia ley les impide a los sujetos que actualicen esos supuestos normativos, esa susceptibilidad de ser titulares de derechos y contraer y cumplir obligaciones por causas que la ley estima convenientes a favor del orden público, aunque de facto, esas mismas personas pudieran hacerlo pues la ley no exige que los elementos personales de la A. en P. sean comerciantes, por lo tanto, dichas inapacidades no afectarían el negocio por ser mayores de edad y no encontrarse en ninguno de los supuestos del art. 450 del CCF.

Como se dijo, conforme a nuestra LGSM no se requiere que las partes en la A. en P. sean comerciantes, aunque resulte lógico pensar que por las características del negocio, al menos, el asociante lo sea para desempeñar de forma adecuada su encargo al frente de la negociación o de la operación de comercio. Pero en caso de que ni el asociante, ni el asociado lo sean, el negocio no adolecería de nulidad relativa por falta de capacidad de los contratantes. Incluso, pudiera llegarse a pensar que al no requerirse por la ley la calidad de comerciantes para conformar una A. en P. se pudiera configurar una con fines de carácter civil, ya que, no existe prohibición alguna al respecto.

²⁹ León Tovar, Soyla H., *Contratos Mercantiles*, 2ª Reimp., México, Ed. Oxford University Press, 2004, p 375.

Si se compara con la Sociedad Civil, sabemos que tiene una actividad preponderantemente económica, pero sin fines de lucro, situación que perfectamente puede ser suplida por la A. en P. y de una manera mucho menos costosa para las partes que la integren.

3) Forma

Como se ha manifestado, uno de los requisitos que debe de reunir la manifestación de voluntad, o consentimiento en su caso, es expresarse en observancia a la forma que la ley establece para tal declaración, la cual, bien puede no exigirse, pudiendo la voluntad, en este supuesto, ser manifestada inclusive tácitamente, o bien, por el contrario, ser por escrito; ya sea privado o mediante escritura pública, o bien, por último, revestir ciertas formalidades esenciales que se han dado en considerar, como solemnidades.³⁰

En efecto, “los actos jurídicos pueden clasificarse, atendiendo a la forma que debe de revestir, en *consensuales, formales y solemnes*.

Son actos consensuales aquellos para cuya validez no se requiere formalidad³¹; por lo tanto toda manifestación de voluntad será válida, ya que se haga verbalmente, por escrito o por señas, o se desprenda de actos que hagan presumir la voluntad... La segunda categoría de actos se denominan formales. En estos es necesario que la voluntad se exprese por escrito para que tenga validez; por lo tanto, sólo se acepta el consentimiento expreso y por escrito... Dentro de la expresión escrita caben dos formas: el documento público y el privado... Por último, los actos pueden ser solemnes. Son aquellos actos en los que debe de observarse una formalidad especial y por escrito, otorgándose ante funcionario

³⁰ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, El Fideicomiso, *cit.*, pp. 63 y 64.

³¹ No estamos de acuerdo, ya que los actos consensuales, si requieren formalidad, pues el consentimiento se tiene que exteriorizar verbalmente, por escrito, señas o actos que hagan presumir la voluntad, de lo contrario, estaríamos solamente ante el discernimiento interno del sujeto que supuestamente desea realizar un acto jurídico. De acuerdo a lo anterior, cabe hablar de forma consensual; lo que no requieren los actos consensuales son formalidades.

determinado (o fedatario), bajo la sanción de inexistencia si no se cumple.”³²

Ahora bien, teniendo en cuenta los conceptos anteriores, podemos afirmar que para el otorgamiento de una A. en P. siempre se deben de tener en cuenta las siguientes reglas:

- a) En primer lugar, es un negocio formal, en oposición tanto a consensual como a solemne, el art 254 de la LGSM nos dice que éste negocio debe de constar por escrito y no estará sujeto a registro. Dicha forma escrita no es un elemento esencial, sino únicamente un medio de prueba del negocio y un requisito de validez.
- b) Respecto a la carencia de publicidad, que a saber, es la regla general, el art. 257 nos dice que, respecto a terceros, los bienes aportados pertenecen en propiedad al asociante, a no ser que por la naturaleza de la aportación fuere necesaria alguna otra formalidad, o que se estipule lo contrario y se inscriba la cláusula relativa en el Registro Público de Comercio del lugar donde el asociante ejerce el comercio. Es decir, en este negocio opera la transmisión de propiedad entre los contratantes, en virtud del negocio de A. en P., siempre y cuando no se haya acordado otra cosa, por ejemplo, que se le imponga al asociante la obligación de restituir los bienes al asociado al término del negocio y además, en virtud de la ley si lo aportado es inmueble, deberá de formalizarse dicha transmisión en escritura pública cuando el valor de avalúo de los bienes sobre los que sus efectos recaen, exceda de trescientas sesenta y cinco veces el salario mínimo general vigente en el D.F., y ser inscrito el acto, en todo caso, en el Registro de Inmuebles del Registro Público de la Propiedad. Estas dos causas son las únicas por las cuales el negocio de A. en P. deberá de ser inscrito, recordando que ésta es la regla especial. En conclusión, a pesar de que la publicidad en la A. en P. no es obligatoria, salvo en los casos mencionados, al no estar prohibida la misma, faculta a los otorgantes a

³² Rojina Villegas, Rafael, *ob cit.*, p. 138

inscribir dicho negocio cuando ellos lo decidan con fundamento en el art 25 fracc. III del CCo.

4) Ausencia de vicios en la voluntad.

A) El error y el miedo como únicos vicios de la voluntad.

“Las reflexiones –indica Domínguez Martínez- que se hagan respecto a una voluntad viciada, deben tener precisamente a ésta como punto de partida, pues de ninguna manera puede afirmarse que la voluntad cuyo titular ejerce dolo, o bien obra de mala fe, sea víctima de un vicio; más bien mediante el dolo se vicia una voluntad ajena a la que incurre o permanece en error, por medio de la mala fe se disimula un error preexistente, éste si, vicio de la voluntad que la padece. En esas condiciones, de error, dolo y mala fe, solo el primero es vicio de la voluntad y los segundos lo propician... Más aun, si no bastare lo anterior, cabe agregar que si en un momento dado el dolo y la mala fe no logran su objetivo, es decir, que ven frustrada su intención de provocar, o disimular el error de su caso, hace que se esté frente a un negocio jurídico liberado de toda nulidad por esas causas.

En ese mismo orden de ideas, la voluntad que ejerce violencia no es una voluntad viciada; en realidad, la violencia es el medio para viciar una voluntad ajena, infundiéndole miedo... Ahora bien, en concordancia con lo expresado en el sentido de que miedo es el vicio de la voluntad cuya provocación está a cargo de la violencia, sea física o moral, según consista en vías de hecho o amenazas, debemos de considerar que la primera no sólo puede infundir aquél en una voluntad, sino también es factible que mediante ella se cause dolor físico, el cual a su vez, no se traduce en miedo, ya que éste último siempre es de algún mal futuro y el mal producido por el dolor es actual; se sufre al momento.

En conclusión, el elemento de validez cuyo estudio nos ocupa, se hace consistir en una voluntad libre y conciente; carece de libertad por miedo y de conciencia por error, constituyendo éstos dos sus únicos vicios.”³³

B) El error

a) Concepto

“Este es –dice Rojina Villegas- una creencia contraria a la realidad, es decir, un estado subjetivo que está en desacuerdo con la realidad o con la exactitud que nos aporta el conocimiento científico. En el derecho, el error en la manifestación de la voluntad vicia ésta o al consentimiento, por cuanto que el sujeto se obliga partiendo de una creencia falsa, o bien, pretende crear, transmitir, modificar o extinguir derechos u obligaciones.”³⁴

Una vez explicado y definido el concepto de error como una noción falsa de la realidad cabe aclarar que el mismo concepto, comprende los dos elementos del error en los negocios jurídicos, a saber: a) La concepción psicológica que de la realidad se forma un sujeto, autor o parte de un negocio jurídico, bien sobre la identidad de la persona con quien contrata, la naturaleza del negocio al estar celebrándolo, las cualidades de la cosa objeto del mismo, etc., y b) Discordancia entre la realidad y la concepción de ella tenida por quien celebra el acto realizado, etc.³⁵

b) Clases de error

Se pueden clasificar, según su contenido, en tres grandes grupos: a) Error de hecho, si recae, por ejemplo, sobre la naturaleza del negocio celebrado, sobre la identidad, sustancia, característica o cualidades de la cosa, o sobre la identidad o características de la persona con quien se contrata o es beneficiario en el negocio correspondiente; b) Error de Derecho, traducido como el falso conocimiento de la ley que determina una formación errónea de

³³ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *El Fideicomiso, cit.*, p. 65 y ss.

³⁴ Rojina Villegas, Rafael, *ob cit.*, pp. 139 y 140

³⁵ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *El Fideicomiso, cit.*, pp. 68 y 69.

la voluntad; c) Error de cálculo o de cuenta, el primero de ellos es producido por un resultado distinto en las ventajas derivadas de la celebración de un negocio, por su parte, el segundo tiene que ver con un equívoco matemático cometido cuando se efectúa algún acto jurídico, y en ambos casos determina una formación errónea de la voluntad.

- c) Error de hecho; sus grados.
 - a') Error obstáculo.

Si bien no puede hablarse de unanimidad doctrinal en relación con los casos de error obstáculo, tampoco es permitido afirmar lo contrario, pues con algunas variantes, de número y no de fondo, existe coincidencia al respecto.

Por ejemplo, se considera que existen cinco clases de error obstáculo: a) El error sobre la naturaleza del acto que se deba ejecutar; b) El error sobre la identidad de la cosa objeto del acto; c) El error sobre la identidad de la persona contemplada en la declaración; d) El error sobre la declaración en su conjunto; y e) El error respecto de una manifestación de voluntad tácita.³⁶

a) El error sobre la naturaleza del negocio se presenta cuando un sujeto cree haber celebrado una determinada operación y en realidad celebra otra de distinta clase y efectos. Por ejemplo, que el asociante crea haber celebrado un contrato de comisión mercantil, y por su parte, el asociado crea haber celebrado una A. en P. b) El error sobre la identidad de la cosa objeto del acto, es decir, cuando existe discrepancia entre lo que se cree negociar con lo que realmente es el objeto directo del negocio. Por ejemplo, que en el negocio de A. en P., se haya estipulado que el inmueble objeto del mismo no se transmita en propiedad al asociante, y éste último lo haya creído así. c) El error sobre la identidad de la persona contemplada en la declaración, se presenta si el error recae sobre la identidad de la persona con quien se contrató. Para que se configure esta clase de error es necesario que el negocio sea *intuitu personae* (como lo es la A. en P.), pues de lo contrario la diversidad de personas no dará

³⁶ *Idem.*

lugar a la nulidad del negocio. Por ejemplo, que el asociante crea que su asociado es la persona con la cual negoció, pero la celebración del negocio fue con otro. d) El error sobre la declaración en su conjunto, se presenta cuando ésta fue comunicada o documentada a la otra parte, pero la declaración fue sustituida o alterada en cuanto al sentido o alcance del mismo por un tercero ajeno. Por ejemplo, el asociado envía a un mensajero (tercero) con una diversidad de contratos para distintas personas, por error entrega de forma equivocada a los destinatarios, quienes no se percatan de la anomalía, expresando su consentimiento en el sentido del contrato erróneo, configurándose el error sobre la declaración. e) El error respecto de una manifestación de voluntad tácita, se configura cuando no exista concordancia entre la conducta externa o las abstenciones de una de las partes contratantes con lo que la contraparte concluye como manifestación de voluntad.

b') Error vicio

Una vez explicado al error de hecho, procede el turno al error vicio, cuya diferencia con el ya contemplado estriba en que mientras aquél destruye la voluntad por existir discrepancia entre la misma y su declaración, éste, en cambio, como su nombre lo indica, sólo se limita a constreñirla. En forma más clara podemos decir que este tipo de error vicio, permite la concordancia entre la voluntad y su declaración, pero en forma interna el sujeto que emite su declaración de voluntad, está viciada de origen, de forma que se constriñe a la voluntad, aún en el fuero interno y de manera inconsciente.

En estas condiciones, pueden considerarse como especies de error vicio, al que recae sobre la sustancia de la cosa, y al que hace lo propio sobre las cualidades de la persona. Además, nos referiremos al error que recae sobre el motivo determinante de la voluntad, por ser en estos términos en los que el CCF lo regula.³⁷

³⁷ *Ibidem*, pp. 73 y 74.

Una vez presentado al error vicio se procederá al estudio de las especies del mismo, a saber: a) El error que recae sobre la sustancia del objeto indirecto del negocio; b) El error que recae sobre las cualidades de la persona, y por último, nos referiremos al tratamiento que la legislación le asigna al error vicio en forma general.

Cuando nos referimos al error que recae sobre la sustancia del objeto indirecto del negocio, el mismo recae, como su nombre lo indica, sobre la sustancia del negocio, es decir, sobre aquellas cualidades intrínsecas de la cosa, sin las cuales no sería la misma, y por lo mismo, llevaron a las partes a la realización del negocio por tales cualidades, y por tanto, si se concibieron erróneamente o las mismas cambian se configura esta clase de error. Por ejemplo, se celebra una A. en P. para la exportación de zapatos de una marca en específico, pero el asociante cambia la marca de los mismos por otra, la cantidad sigue siendo la misma, pero la calidad de la mercancía ya no lo es. Por su parte, cuando nos referimos al error que recae sobre las cualidades de la persona, la confusión se refiere al sujeto en sí mismo, es decir, se toma a un individuo por otro, pero no en el sentido de confundirlo con otro sujeto, sino que, se le atribuyen de forma errónea cualidades o características a un individuo cuando en realidad no las tiene, pero si se trata del mismo sujeto. Por ejemplo, se celebra una A. en P. con Juan, en su carácter de asociante, al creerlo erróneamente un gran exportador, cuando en realidad será la primera vez que realice una operación de tal magnitud.

Ahora bien, al error hay que contemplarlo también, desde el punto de vista legislativo y considerarlo genéricamente como todo aquel que por su presencia haya orillado a la celebración de un negocio jurídico, rechazado por la mente del autor de haberse conocido la realidad.

El CCF, en su art. 1813, establece que “el error...de hecho invalida el contrato cuando recae sobre el motivo determinante de la voluntad de cualquiera de los que contratan, si en el acto de la celebración se declara ese motivo o si se prueba por las circunstancias del mismo contrato que se celebró éste en el falso supuesto que le motivó y no por otra causa”.

“Así es efectivamente, -dice Domínguez Martínez- el sujeto se crea en su mente una determinada representación de la realidad, que requiere ser falsa para traducirse en un error, pues no estaríamos en presencia de esto último cuando coinciden representación con realidad; en esas condiciones, al nacer el error por una falsa representación, con base en ella es que el sujeto realiza el negocio jurídico de que se trate, es decir, la causa motora o motivo que determinó a la voluntad para dicha celebración, fue una falsa representación, pero al mismo tiempo podemos percatarnos, y he aquí lo inexacto del error sobre el motivo determinante de la voluntad, que éste último, o sea, el motivo, siempre coincide con la representación aun cuando la misma sea falsa, y por ende no coincida con la realidad... Por ende, de lo que procede hablar es de error que recae sobre la representación que de la realidad se hace el sujeto.

Además, es de reconocerse el beneficio que representan las condiciones fijadas por el art.1813 del CCF, en el sentido de que la procedencia del error motivo como causa de nulidad, está condicionada a que en el negocio que se presenta se haya hecho saber aquél en la misma celebración, o bien cuando menos, que se demuestre en su oportunidad el motivo por el que se contrató.”³⁸

Lo anterior se refiere a que el Código no es casuístico, sino, en cambio, es genérico, ya que no se cierra la posibilidad de solo regular a esta clase de error, es decir, únicamente sobre la cosa o sobre la persona, limitando en este supuesto la procedencia del error a estas dos hipótesis.

c') Error indiferente

“En innumerables ocasiones –afirma Domínguez Martínez- se puede incurrir en un error, inclusive sobre la identidad de la persona, o bien sobre las cualidades, lo cual, si en el primer supuesto fuera terminante o si se tratara

³⁸ *Ibidem*, pp. 77 y 78.

de cualidades sustanciales en el segundo, invalidaría el negocio; empero, no obstante la concurrencia de esos errores, por no trascender la sustitución del sujeto, al no tratarse de un negocio *intuitu personae*, o no ser sustancial la cualidad sobre la que se cometió el error, éste no pasa a mayores, es decir, no afecta la validez del negocio debido a que tiene repercusiones sólo en aspectos meramente secundarios.

Así, podremos considerar al error indiferente como el que recae sobre aspectos secundarios del negocio jurídico, por ejemplo, cualidades no sustanciales de la cosa y de la persona, identidad de la persona sin influir ello en la decisión de contratar, y en general, situaciones meramente accesorias las que por lo mismo, a pesar de su concurrencia, el negocio en cuestión no ve afectada su validez, pues pasa desapercibido para la ley, precisamente por su escasa importancia.”³⁹

d) Error de derecho

Respecto a ésta clase de error se ha confundido en diversas ocasiones con el contenido del art. 21 del CCF que nos dice: “La ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento...”, pero a lo que se refiere este error, es a que, los sujetos contratantes no desconocen del todo la norma, sino que, tienen una falsa concepción o interpretación de la misma y no solo eso, sino que, ese error constituye la causa determinante de la manifestación de voluntad. Otro aspecto importante que se tiene que resaltar para la configuración de esta clase de error, es que, los sujetos en ningún momento traten artificiosamente de eludir la normatividad alegando a esta clase de error, en el momento que traten de eludir sus responsabilidades.

Para complementar las ideas anteriores nos referiremos a lo dicho por ROJINA VILLEGAS⁴⁰, respecto de este tipo de error:

³⁹ *Ibidem*, pp. 78 y 79.

⁴⁰ Rojina Villegas, Rafael, *ob cit.*, pp. 143 y 144.

“...El Código vigente estatuye que el error de derecho sí puede nulificar el acto o contrato. Hay error de derecho cuando la causa determinante de la voluntad del autor o autores del acto se funda en una creencia falsa respecto a la existencia o a la interpretación de una norma jurídica, de tal manera que por esa creencia falsa respecto a los términos de la norma o a su interpretación jurídica, se celebró el acto. Si hubiese conocido el sujeto la verdadera interpretación de la ley o el texto de la misma, o bien si hubiese sabido que la norma que el creía existente en realidad no existía, no hubiera celebrado el acto jurídico... Es decir, cuando se ejecuta un acto contrario a la ley no puede invocarse, como pretexto para eludir la sanción, que se ignoraba la ley; pero cuando se celebra un acto por un error de derecho, no se trata de violar la ley; no es una finalidad dolosa la que se propone el sujeto; al contrario, pretende crear una situación jurídica bajo la creencia falsa de que hay una norma de derecho en tal o cual sentido, o que la interpretación jurídica de esa norma debe de ser en la forma en que falsamente se pensaba...”.

Por ejemplo, que una persona celebre una A. en P., sabiendo que por su configuración no crea una persona moral con personalidad jurídica distinta de la de los otorgantes, sin saber que en materia fiscal si se crea una persona moral.

e) Error de cálculo y de cuenta

“Efectivamente, -menciona Domínguez Martínez- el error de cálculo se refiere a las suposiciones que un contratante pueda crearse respecto a las mayores beneficios que le produzca la celebración de cierto negocio, y el de cuenta, también llamado de aritmética, por su parte, consiste en el equívoco resultado obtenido de operaciones matemáticas.

Definitivamente, el error de cálculo no provoca la anulabilidad del negocio jurídico en el que se cometa, por no encontrarse condicionada su validez a aptitud de organización y visión comerciales. En esas condiciones, la buena o la mala organización comercial, la destreza mercantil y la visión para

celebrar negocios pasan desapercibidos para la ley en lo atinente a la validez de un negocio jurídico.”⁴¹

Respecto al error de cuenta es discutible si acaso pueda ser una causa de anulabilidad del negocio, ya que, en principio no lo es, pues la ley no debe de proteger a aquellos sujetos que por un error aritmético vean afectados sus intereses particulares. Pero, por otro lado, no debe de descartarse la posibilidad de anulabilidad en el sentido de que si el error es de gran magnitud pueda llegar a contemplarse la viabilidad de la misma. Por ejemplo, si se celebra una A. en P., donde el asociado le aporta al asociante 10 000 bolsas de carne de res con poco menos de 1 kg cada una, aunque supuestamente cada una debería pesar esa cantidad pactada, ya no le estará aportando 10 000 kg, sino mucho menos y además, se pactó la repartición de utilidades basadas en un peso que no concuerda con la realidad. Por tanto, cabría la posibilidad de que el asociante solicite la anulabilidad del negocio por error de cuenta, ya que será solo él quien absorba la diferencia de peso faltante desde un inicio, y no así el asociado.

C) El miedo

a) La libertad en la manifestación de voluntad y el miedo

De acuerdo a lo planteado en los puntos anteriores, estaremos ante una manifestación de voluntad plena y auténtica, cuando el sujeto, antes de celebrar cualquier acuerdo con otra persona, en su fuero interno ha deliberado acerca de las ventajas y desventajas que le acarrearía la celebración o no de un acto jurídico. Así, estaremos ante una libre manifestación de voluntad cuando el sujeto haya podido celebrar el negocio respectivo de una forma espontánea, es decir, de una forma libre y responsable. Por el contrario, si una persona se ve obligada a la celebración de dicho acto, por evitar un mal que a su consideración sea de mayores magnitudes, respecto a que no lo celebrara, de esta forma estamos ante la presencia de miedo en la manifestación de la voluntad.

⁴¹ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *El Fideicomiso, cit.*, p. 83.

“Si una persona –dice Domínguez Martínez- se ve constreñida a celebrar un negocio jurídico, para así evitar un mal mayor que en efecto vaya a padecer o cuando menos así lo considere, su voluntad habrá carecido de libertad por haber sido influida tanto la deliberación como la decisión correspondientes, con la trascendencia de ese mal, contemplando, en este caso, una voluntad manifestada por temor, o por miedo en su caso, si la inquietud es mayor.

El miedo habido en la celebración de un negocio jurídico, admite ser precisamente la inquietud que sufre el titular de una voluntad, causada por la amenaza de un mal cuya trascendencia, ya sea en consideración del ordenamiento legal y de quien lo padece, o bien, sólo de este último, constriñe al propio paciente a tomar la decisión de celebrar el negocio planteado, que no lo habría realizado sin la presencia de tal inquietud, al deliberar y determinar.

Del concepto anterior se desprenden los elementos del temor, que son: a) inquietud mental; b) la amenaza que de un mal futuro conciba el titular de la voluntad de que se trate; c) la trascendencia y magnitud del menoscabo; y d) el contreñimiento de la voluntad.”⁴²

b) El miedo como vicio

Una vez otorgada la explicación general sobre el miedo como vicio de la voluntad, procederemos al estudio integral del miedo que por su naturaleza, si vicia la voluntad del sujeto, y en consecuencia, ataca y afecta la validez del negocio donde aparece.

⁴² *Ibidem*, pp. 84 y 85.

a') Su causa

Como se ha observado se reservó el lugar de vicios de la voluntad, únicamente al error y al miedo, de los cuales, el primero tiene a su vez como agentes que lo causan al dolo y a la mala fe, mientras que el segundo, a la violencia tanto física como moral. Como corresponde el turno al miedo, y éste apartado precisamente tiene la intención de explicar lo relativo a sus agentes, se tratará lo relativo a la violencia física y a la moral como causantes del miedo como vicio de la voluntad. De acuerdo a DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ⁴³ las podemos distinguir de la siguiente manera:

“Existe el acuerdo unánime en la doctrina, consistente en distinguir y considerar por una parte a la violencia física radical o *vis absoluta* y por la otra la violencia intimidatoria o *vis compulsiva*. La primera consiste en el empleo de hechos materiales de tal magnitud que se traducen en una fuerza física irresistible, al grado de arrancar, de quien la sufre, una mera declaración desvinculada por completo de su querer interno, por lo que ello se traduce en una plena ausencia de voluntad...La segunda, por su parte, es aquella violencia que por traducirse en la exposición de un mal, coarta la libertad de decisión de la voluntad receptora, que ante el miedo de sufrir la realidad del mal amenazante opta por celebrar el pretendido negocio jurídico, supuesto éste no de una ausencia de voluntad sino una voluntad viciada por miedo, pues subsiste en última instancia la posibilidad de la elección entre allanarse a las intenciones de quien ejerce la violencia o bien padecer inclusive el mal objeto de la amenaza, todo lo cual mantiene con vida a la manifestación de voluntad del sujeto violentado, sólo que cosntreñida en cuanto a su poder de decisión.”

De acuerdo a lo anterior, se puede concluir que la violencia física o moral sí es agente del miedo y siendo éste último el vicio de la voluntad, y por otra parte, la desesperación o desespero provocado por el dolor, a su vez motivado por violencia física privan de voluntad al violentado.

⁴³ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *Derecho Civil, cit.*, p. 611.

b') Características.

a") Sujetos activos y pasivos.

Podría pensarse de primera intención que sólo los interesados directa e inmediatamente en la celebración de un negocio jurídico serían los que ejercieren y soportasen la violencia; sin embargo, la realidad es distinta, pues al mismo tiempo que la violencia puede ser ejercida por un tercero ajeno a la relación negocial, igualmente podrá ejercerse contra otro sujeto también quien no sea de quien se pretende la celebración del negocio correspondiente.⁴⁴

De esta forma se podrá hablar de dos clases de sujetos que intervienen en la violencia como agente del miedo. En primer lugar, el sujeto pasivo de la violencia, es decir, quien la soporta, que como se ha dicho en el párrafo precedente puede ser una persona ajena a aquella de quien se pretende realice el negocio en cuestión, siempre y cuando el mal al que se le exponga logre infundir miedo en el probable autor o parte, por el peligro que corre el primero. En segundo lugar, se encuentra el sujeto activo, es decir, quien la ejerce, precisamente el individuo que pretende arrancar el consentimiento viciado del sujeto pasivo, mediante la amenaza que infunde en éste último, o sobre un tercero ajeno, pero de cierta manera relacionado con la persona con quien se pretende la celebración del negocio.

Nuestra legislación consciente de la amenaza que representa la violencia, ha tenido a bien señalar quienes son las personas que, por el peligro que corren motivado por la violencia, puedan inspirar temor en otra para obligarle a celebrar un negocio jurídico. Nuestro CCF, señala las personas sobre las cuales puede ser ejercida la violencia, iniciando con el cónyuge, ascendientes, descendientes y los hermanos como parientes colaterales, lo anterior consignado en el art. 1819.

⁴⁴ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *El Fideicomiso*, cit, p. 94.

b") Bienes jurídicos tutelados.

El ejercicio de la violencia, sea física o moral, puede encaminarse para poner en peligro bienes tanto patrimoniales como extrapatrimoniales.

Los bienes jurídicos patrimoniales, son todos aquellos que puedan ser apreciados en dinero, es decir, todas aquellas pertenencias o posesiones respecto de las que es titular el sujeto pasivo, o sea, sobre el que se ejerce la violencia, que como se dijo en el apartado anterior, puede ser aquél de quien se pretende la celebración, o por el contrario, alguna persona por la que aquél siente afecto o tiene parentesco.

Por su parte, pueden ser considerados como bienes jurídicos extrapatrimoniales afectados por la violencia, todos aquellos que no pueden ser apreciados en dinero, pero de los cuales es titular el sujeto pasivo y que también pueden ser afectados por la violencia del sujeto activo y que son los siguientes: la vida, la integridad corporal, la libertad, la honra, la salud, etc., tanto directamente sobre quien se pretende infundir miedo para obligarlo a celebrar un negocio, como de los que son titulares todas las demás personas que al poner en peligro dichos bienes, pueden provocar el miedo que desea del violentado.

A todos estos bienes jurídicos, tanto patrimoniales como los que no lo son, hace referencia el art. 1819 del CCF.

c") Mal futuro, injusto y grave.

Una vez dicho lo relativo a las formas de miedo y la influencia que ejerce la violencia para infundirlo, ya sea en el sujeto pasivo, como en terceros ajenos, se tratará lo relativo a las características que debe de guardar el miedo, para ser considerado como tal y no como un temor intrascendente para afectar la validez del negocio jurídico.

Para que el mal amenazante inspire miedo que vicia la voluntad, debe de reunir determinadas características, que son, en primer lugar, tratarse de un mal injusto, en segundo, ser futuro y por último, alcanzar el calificativo de grave.

Respecto al primero de los conceptos anteriores, es decir, el mal injusto, se puede decir que el sujeto que se va a obligar está previendo o sospechando de manera fehaciente que la celebración de algún negocio será contraproducente para sus intereses, y por otra parte, en extremo beneficioso para la contraparte, quien a su vez mediante la violencia, ya sea física o moral trata de desvirtuar la voluntad de la contraparte para la celebración de dicho negocio. En cuanto a la segunda característica, es decir, un mal futuro, podemos decir que el miedo que inspira el sujeto activo en el pasivo, provoca que este último sienta un temor actual, y derivado de ello celebre el negocio, pero el mal temido es necesariamente futuro. Por último se hará referencia al mal, calificado como grave, es decir, que el miedo que siente el sujeto pasivo sea comprensible, puesto que éste puede dañar de forma sensible cualquiera de los bienes jurídicos tutelados, ya sean patrimoniales o extrapatrimoniales. Respecto al último concepto es importante señalar, lo que al respecto dice DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ⁴⁵, *“Como es comprensible, debe de existir una relación causal entre la intensidad del miedo infundido y la gravedad del mal amenazante, pues de una persona a otra puede variar notablemente, esto es, lo que para un sujeto implica un mal grave e irreparable, para otro, bien puede representar simplemente una pequeña pérdida.”*

A lo que se refiere la última cita es que, para dimensionar correctamente la gravedad de un mal, es necesario, tomar en cuenta, la edad, sexo, posibilidades económicas, instrucción escolar, estado de salud y otras para dictaminar de forma correcta la gravedad del mal, ya que por ejemplo, lo que para una gente de edad avanzada resulta un mal inaudito e irreparable, para una gente de menor edad, pudiera no ser considerado como tal, o también, para una persona enferma resulta ser mayor cualquier mal infundido que para

⁴⁵ *Ibídem*, p. 99.

cualquier otra persona sana, precisamente por esa condición que debe de ser tomada en cuenta, para calificar al mal como grave o como intrascendente para la invalidez del negocio respectivo.

c) Temores intrascendentes para la validez del negocio jurídico.

Se han analizado los temores por los cuales algún sujeto sienta de manera indubitable algún mal futuro, injusto y grave, sobre cualquier bien jurídico del cual sea titular, pudiendo estos ser o no apreciables en dinero, e incluso, que pueda recaer dentro de la esfera jurídica de un tercero ajeno, por el cual la persona que celebraría el negocio siente afecto o tiene algún tipo de parentesco. Cualquier temor que reúna las características anteriores se refuta como miedo y por lo tanto, vicia la voluntad de la persona que la emite, pero también es cierto que existen temores por los cuales el Derecho no considera lo suficientemente justificados para viciar la voluntad de los contratantes, a saber: el temor fortuito, temor reverencial y el temor causado por la advertencia de un derecho a ejercitar.

Respecto al temor fortuito, podemos decir que éste no es otra cosa que la inseguridad que sufre cualquier persona que está a punto de emprender alguna empresa sin la seguridad de éxito de la misma, es decir, pudiera decirse en una fórmula sencilla que es el “miedo al fracaso”. No pocos negocios jurídicos, tienen por objeto evitar, por quienes intervienen en ellos, el acaecimiento de un mal futuro. Como ejemplo, podemos señalar a una persona que teniendo un terreno desocupado, por temor a que el mismo sea ocupado de forma ilegal lo aporte a una A. en P., donde el asociante se encargará de construir en él condominios. En caso de fracaso en la venta de los mismos, el asociado no puede alegar miedo como causa por la cual transmitió su inmueble, y de ésta forma solicitar la nulidad del negocio, ya que para la Ley, es intrascendente éste tipo de temor y nunca lo considera como miedo que vicie la voluntad.

El temor reverencial, es una actitud que forma parte de las relaciones habidas entre los seres humanos, y particularmente las familiares, hay algunos

individuos que debido a la situación que guarden respecto a otros, por razones morales o convencionalismos sociales, son acreedores de respeto, obediencia o sumisión. Pero lo anterior, no obliga de ninguna forma a alguna persona a ser objeto de miedo para realizar o no, o, de alguna u otra forma cierto negocio jurídico, por no contrariar los deseos de alguna persona por la que tenga respeto, obediencia o sumisión. El art. 1820 del CCF, señala que el temor reverencial no basta para viciar el consentimiento. Por último, cabe señalar que el miedo reverencial no siempre carece de efectos jurídicos, ya que únicamente tendría efectos al combinarse con algunas amenazas o abusos de derechos de la persona que se encuentra en una posición de ventaja respecto de la otra parte.

Por último, nos referiremos al temor causado por la advertencia de un derecho a ejercitar, el cual se refiere a que algún sujeto, supuestamente se vea obligado a la celebración de algún negocio, bajo la amenaza de la contraparte de ejercitar algún derecho que legalmente le corresponda, derivado de cualquier derecho de crédito o acción real. Por ejemplo, un sujeto que tenga un crédito vencido y amenace a su deudor de que ejercerá la acción legal correspondiente, en caso de que éste último no solvete su deuda y derivado de esto último, el deudor aporta cierta materia prima a una A. en P., para cubrir la deuda, precisamente con el deudor, quien se transforma en asociante y derivado de la actividad de éste último convierte la materia prima en un producto industrializado y después lo comercializa y del producto de la venta se pueda cobrar la deuda original. En éste caso el deudor no puede alegar la invalidez del negocio, ya que la advertencia del ejercicio del derecho es lícito. La única limitante para el ejercicio del derecho sin que se convierta en vicio de la voluntad por infundir miedo, es de que el pretensor no exagere o desvirtúe sus pretensiones con las verdaderas, ya que en este caso ejercería violencia y si se viciaría la voluntad del sujeto pasivo.

Capítulo III

Invalidez de la Asociación en Participación.

I. Generalidades

Cuando en la celebración de un negocio jurídico se observan no solo sus elementos esenciales sino también los que condicionan su validez, se estará frente a un negocio plenamente válido; por el contrario, si ese negocio no cuenta con cualquiera de sus elementos que lo estructuran, o bien, en su caso, la o las manifestaciones de voluntad requeridas para ser celebrado provienen de algún incapaz, no observan las formalidades establecidas en el ordenamiento legal para que tengan lugar, no se expresa libre y conscientemente, o, por último y en todo caso, si su objeto, fin, motivo o condición son ilícitos, la figura negocial de que se trate caerá en el terreno de la invalidez.

Según la opinión predominante de la doctrina, la invalidez de un negocio jurídico puede ser de tres grados diversos: a) su inexistencia, por faltarle alguno de sus elementos esenciales, ya sea la manifestación de voluntad o el consentimiento en su caso, el objeto, al ser jurídicamente imposible el directo y física y jurídicamente imposible el indirecto, o bien, la solemnidad, si se trata de un negocio solemne, de la cual, podemos decir que es la forma elevado a grado de existencia del negocio; b) nulidad absoluta, sí el negocio contraría disposiciones de orden público o buenas costumbres; y c) nulidad relativa, cuando se lesionan intereses particulares. Para otros, en cambio, ante la falsedad de la inexistencia, sólo las nulidades, absoluta y relativa, son los grados de invalidez que en un momento dado puede padecer un negocio jurídico determinado.⁴⁶

II. La Asociación en Participación ante la noción de la inexistencia.

1) Concepto.

Para hablar de este tema nos avocaremos a lo dicho por ROJINA VILEGAS⁴⁷ que al respecto comenta:

⁴⁶ *Ibidem*, p. 101.

⁴⁷ Rojina Villegas, Rafael, *ob cit.*, p. 128.

“...lo que en derecho se llama inexistencia del acto, supone el acto en vías de formación, supone que hubo una posibilidad de que el acto jurídico llegase a nacer. Sólo tiene sentido hablar de la inexistencia del acto jurídico, no para referirnos a la nada absoluta, pues algo existe, que el derecho califica de acto jurídico inexistente, en tanto que no llegó a cuajar como tal, porque en su proceso de formación faltó un elemento esencial. Bien sea porque la voluntad no llegó a formarse como lo requiere la ley, o porque el objeto del acto resulte física o jurídicamente imposible; pero en ambos casos, por falta de voluntad o por falta de objeto, estamos en presencia del acto inexistente, que es la nada jurídica, pero no la nada absoluta. Es decir, no es que no haya habido nada; esto no tendría sentido en derecho, hubo, por ejemplo, un error-obstáculo que impide la formación del consentimiento en el contrato, bien un error respecto a la naturaleza del acto jurídico o un error respecto a la identidad del objeto. No se formó el consentimiento, pero un acto jurídico estuvo en proceso de formación. No llegó a constituirse.”

De acuerdo a lo anterior podemos observar que al menos por un momento el acto en potencia trató de surgir a la vida jurídica, pero por carecer de algún elemento esencial éste no solamente no pudo nacer de forma sana, sino peor aún, ni siquiera tuvo vida para enfermarse como sería el caso de la nulidad, ya se absoluta o relativa, aunque con la salvedad de que se tuvo la intención, en cierto momento de que el acto jurídico se llegase a formar, pero por carecer del mencionado elemento esencial éste no pudo constituirse.

2) Características de la inexistencia.

Para la enumeración y detalle de las particularidades de la inexistencia de los actos y negocios, debemos de tener presente la afirmación ya hecha en el sentido de que un supuesto negocio inexistente se traduce en la nada jurídica, pero no en la nada absoluta, pues algo existe, que el Derecho califica de inexistente. De lo anterior se desprende que la inexistencia de un acto cuenta con las siguientes características: a) no produce efectos jurídicos; b) es inconfirmable; c) es imprescriptible; d) puede oponerse por cualquier

interesado y e) para que tenga lugar no se requiere de la intervención judicial, mas cuando hubiere ésta, el juez se limitará a declararla.

a) Por lo que se refiere a la carencia total de efectos jurídicos, es lógico pensar que al provenir estos supuestamente del acto inexistente, debe de concluirse que al resultar la nada jurídica, no produce más que la nada, aunque se haya tenido intención de producir consecuencias de derecho.

b) Es lógico pensar que cualquier acto inexistente continuará siéndolo, aún con el esfuerzo que cualquiera pueda llevar a cabo y por tanto, es inconfirmable.

c) Bajo el mismo tenor aún con el paso del tiempo por mucho que este sea, jamás el mero transcurso del mismo logrará crear algo donde no lo existe.

d) El hecho de que pueda ser denunciada por cualquier interesado demuestra el deseo de la legislación de percatarse de la inexistencia en cualquier tiempo y no solo eso sino que tampoco se restringe la forma procesal de hacerlo, ya que no es necesaria hacerla valer ni por acción ni por excepción, sino sólo por denuncia, para ser comprobada y declarada por el Juez.

e) La inexistencia, al presentarse es tan notoria que es innecesaria la intervención del órgano jurisdiccional para su declaración, ya que como se ha visto, no produce efectos jurídicos, no es confirmable, es imprescriptible y cualquier interesado puede valerse de ella, y por tanto, únicamente se tendrá que celebrar un acto o negocio que cumpla con todos los elementos esenciales para que éste surja a la vida con todos sus efectos, incluso ignorando la celebración de aquél que nunca surgió a la vida jurídica.⁴⁸

⁴⁸ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *El Fideicomiso*, cit, p. 109.

III. La Asociación en Participación a la luz de los casos específicos de inexistencia.

Aclarado el punto referente de conceptuar a la inexistencia, nos parece importante considerar ahora, los casos en específico en los cuales se presenta la inexistencia de los actos y de los negocios, que por determinadas situaciones no llega a estructurarse alguno de los elementos indispensables, es decir, se analizarán los obstáculos para la formación de la manifestación de voluntad o del consentimiento en su caso, así como también cuando hay imposibilidad jurídica del objeto directo e imposibilidad tanto física como jurídica del indirecto, pero en estos casos nos referiremos a la A. en P.

1) Falta de consentimiento

Antes de referirnos a la falta de este primer elemento esencial del negocio para su existencia, cabe recordar, en forma breve, las directrices concernientes a éste elemento.

Procede tener en cuenta que para una libre manifestación de la voluntad debe de existir una interdependencia coherente entre el fuero interno del sujeto y su declaración, es decir, que el sujeto no sufra miedo, a causa de la angustia que le provoca la violencia, ni incurra en error, producido por la mala fe y el dolo. Además, se comentó que son dos las formas que puede revestir una voluntad al manifestarse externamente y comprendida por otro sujeto: expresa o tácita. Cabe aclarar que en materia de contratos, o como es el caso de negocios, si ya se hizo la manifestación externa, ya no puede ser tácita. Por lo tanto, en materia de A. en P. se requiere que la manifestación externa para ser comprendida por otro sujeto, sea de manera expresa. Por último, tengamos presente que cuando de un negocio jurídico plurilateral se trata, su primer elemento esencial lo es el consentimiento, siendo éste, el acuerdo de dos o más voluntades, proyectadas a la consecución de consecuencias de derecho por ambas deseadas y reconocidas éstas por el ordenamiento jurídico. A continuación se analizarán los casos específicos de inexistencia de la A. en P.

A) Infancia del asociado y/o asociante

De ninguna manera puede pensarse que la declaración realizada por un infante se traduce en una manifestación de voluntad, como elemento esencial del negocio.

La A. en P., al ser un negocio plurilateral, necesita de dos voluntades para su correcta configuración, pero al ser emitida ésta, por un menor de edad la vuelve inexistente. En el mismo tenor, el asociado, no podría aportar de forma legal ningún bien a la asociación, ya que, por ser menor de edad no dispone de sus bienes (art. 24 CCF) carece de capacidad de ejercicio, y en su caso, necesita la representación correspondiente de quienes ejercen la patria potestad (art. 425 CCF) si quisiera aportar bienes de su propiedad, siempre y cuando se obtenga la autorización judicial correspondiente (art. 436 CCF). Respecto al asociante, la situación es similar ya que, a pesar de no ser requerida la calidad de comerciante para celebrar una A. en P., por ser menor de edad no podría suscribir por su propio derecho dicho negocio y sería, por lo tanto, inexistente. El asociante infante tendría que ser representado por quien ejerce la patria potestad para desempeñar dicho cargo.

B) Error obstáculo

El error obstáculo, se hace consistir en una divergencia total entre la voluntad y su declaración, ocasionando una manifestación de voluntad viciada y consecuentemente, por ello no llega a configurarse el consentimiento. Esta clase de error deforma a tal grado la manifestación de voluntad, que la erradica, provocando en su caso la falta de integración del consentimiento y por tanto, el negocio jurídico no llega a tener vida, es inexistente.⁴⁹

⁴⁹ *Ibidem*, p. 113.

C) Violencia física radical

Como se veía, la determinación de los efectos que producen las diversas especies de violencia ejercida sobre la voluntad de la víctima es difícil de catalogar, sin embargo, la doctrina ha coincidido en que, cuando la violencia es tan contundente que no se puede hablar de manifestación de voluntad minada, sino de una mera declaración arrancada, se está ante la presencia de una causa de inexistencia del negocio.

Como se ha manejado, existen dos tipos de violencia, la primera la violencia física o *vis absoluta* y la segunda, violencia moral o *vis compulsiva* para inspirar temor. Pero, para relacionarlas con la inexistencia será sólo la primera de ellas, es decir, la violencia física o *vis absoluta* la que derive en la misma, ya que supone toda vía de hecho que atente contra los bienes jurídicos de alguien y ésta puede tener diversos grados de intensidad y estar representada desde la conminación mediante un arma, pasando por la privación de libertad, culminando con la sustitución completa de la voluntad del violentado, todas las anteriores son extremos que demuestran que la violencia es a tal grado definitiva que hace desaparecer todo vestigio, por mínimo que sea, de la voluntad del violentado. A esto se le ha denominado *violencia física radical* y se identifica con la *vis absoluta*, provocando la mencionada inexistencia.

D) Simulación absoluta

Respecto a éste tema nos referiremos a todas aquellas simulaciones de actos jurídicos que realizan las personas, para aparentar estados jurídicos, por ejemplo, la insolvencia y otras, quienes para simularlo no sólo lo hacen de dicho, sino que, elaboran documentos en los cuales se consignan desde, transmisiones de propiedad, constitución de derechos reales, creación de derechos de crédito, expedición de títulos de crédito, daciones en pago irreales, constitución de fideicomisos para garantizar deudas y en nuestro ámbito, supuestas aportaciones a una A. en P. que es simulada, sin el derecho a reversión de lo aportado, todo lo anterior como medios por los cuales el deudor procura defraudar a sus acreedores.

Así, ante dicha simulación, la doctrina niega la formación del consentimiento como elemento esencial del acto en cuestión. No existe el acuerdo de voluntades porque en realidad aun cuando las partes aparentemente declaren que es su común intención celebrar un determinado contrato o acto bilateral, esa manifestación queda totalmente destruida por la simulación de la cual, son conscientes plenamente ambas partes. En esas condiciones, no sólo se carece de consentimiento, sino además del objeto, por ser éste también falso, ya que ni se desean las consecuencias de derecho, ni mucho menos se configura la obligación que encarna el mismo.

E) Declaración de un enajenado mental

Otra posibilidad se da en el caso de que la declaración de voluntad provenga de alguien afectado de enajenación mental, o bien, se encuentre en un completo estado de ebriedad. Por lo tanto, estas personas que se encuentren de forma permanente o momentáneamente en un estado mental en el cual, el derecho no los considera que puedan querer o comprender las consecuencias de sus actos, les atribuye plena ausencia de voluntad, y por lo tanto, será completamente inexistente, el acto o negocio.

F) Firma o huella digital en hoja en blanco o en documentos cuyo texto es alterado

Por último, haremos referencia a aquellos casos que derivados de la firma o de la impresión de la huella digital, ya sea por analfabetas o a quienes no se les leyó el texto del documento, o bien fue alterado; también cabe la posibilidad de documentos por escrito firmados o con huella digital por parte de sordomudos analfabetas, o bien, cuando un papel se hubiere firmado en blanco o estampado en él la huella digital en las mismas condiciones.

2) Falta de objeto por su imposibilidad física o jurídica

Antes de analizar los supuestos en específico que harán caer al negocio en inexistencia por falta de objeto, cabe recordar, que el mismo tiene una dualidad: el objeto directo y el indirecto, el primero de ellos, recae sobre las consecuencias de derecho provocadas por el negocio, es decir, con la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos y obligaciones, mientras que el segundo, tiene que ver con la prestación o la abstención a cargo del o los obligados y derivado precisamente del objeto directo. A continuación, se analizarán los casos específicos de inexistencia por falta de objeto.

A) Incapacidad de goce

Como hemos anotado la capacidad en general se entiende como la aptitud de ser titular de derechos y obligaciones, de ejercitar los primeros y de contraer y cumplir las segundas personalmente, así como comparecer a juicio por propio derecho. Dentro de este atributo existen dos especies, a saber, la capacidad de goce y de ejercicio.

Por capacidad de goce entendemos la aptitud del sujeto de ser titular de derechos y obligaciones, mientras que, por capacidad de ejercicio, podemos entender la posibilidad del sujeto de participar directamente en la vida jurídica, es decir, ejercitar derechos, contraer y cumplir obligaciones, y comparecer en juicio por propio derecho.

Según se desprende de lo anterior, pondremos atención únicamente en la capacidad de goce, ya que la celebración de un negocio, careciendo de capacidad de ejercicio provoca nulidad relativa del mismo, respecto de la cual hablaremos más adelante en este mismo trabajo. Es indudable que todos los seres humanos contamos con personalidad jurídica, pero la ley por razones de edad, nacionalidad, interés público, etc., considera que un individuo pueda ver mermada su capacidad, sin implicar esto, obviamente, la pérdida total de la misma. Lo anterior se refiere a que la capacidad de goce es susceptible de ser

graduada y por lo tanto, la ley considera que existen sujetos que se ven privada de ella de forma parcial, por ejemplo, diversos actos del Derecho Familiar celebrados por quienes no alcanzan la edad *nubil*; los propios actos jurídicos que celebre un sujeto afectado de sus facultades mentales y la adquisición de un extranjero del dominio directo de tierras y aguas dentro de la conocida en nuestro medio como *franja restringida*.⁵⁰

Si bien los dos primeros supuestos son irrelevantes para comentarse en relación con la A. en P., el tercero no lo es, ya que nada impediría que un extranjero, que a través de un fideicomiso se le permita el uso y el disfrute de un bien inmueble en la parte del territorio nacional conocida como la *franja restringida*, pueda disponer de sus derechos de fideicomisario, que precisamente le permiten ese uso y disfrute, y aporte dichos derechos a una A. en P., en cuyo caso, por ser extranjero quedará limitado a lo dicho y no podrá adquirir la propiedad, pero es libre de aportar sus derechos al negocio. En caso que se estableciera que fuera propietario, por incapacidad de goce dicho negocio sería inexistente. En cambio, si es mexicano quien participe en la A. en P. si se le puede transmitir en propiedad el inmueble que se encuentra en dicha franja, objeto del negocio.

B) Simulación absoluta

De acuerdo a éste caso de inexistencia, la simulación de un acto jurídico que es absolutamente ficticio no solo se produce por la falta de consentimiento, sino también por la imposibilidad jurídica de su objeto directo. Lo anterior debido a que al ser completamente ficticias las manifestaciones de voluntad de los que intervienen en un negocio simulado, los derechos y obligaciones que aparecerían por su celebración en condiciones normales, no pueden tener lugar desde un punto vista jurídico.

⁵⁰ *Ibidem*, pp. 117 y 118.

C) Imposibilidad física o jurídica de la cosa

Cabe recordar que para que un acto o negocio sea válido, el objeto indirecto debe de ser viable, es decir, posibilidad física de existencia, por ejemplo, cuando se trata de una obligación de dar, estriba en que exista en la naturaleza lo que se va a entregar en cumplimiento de dicha obligación; la jurídica se presenta por su parte, cuando el objeto indirecto del acto está en el comercio y es determinado o determinable en cuanto a su especie.

Lo común sería pensar que al celebrar cualquier negocio, las cosas objeto de los mismos existan en la naturaleza, por ejemplo, un inmueble, una maquinaria, etc. Sin embargo, cabe también la posibilidad que alguien pretendiere el otorgamiento de una A. en P. cuyo objeto existe sólo en la imaginación. Para lo anterior sería necesario pensar en cosas fantásticas e imposibles de existencia, simplemente deben de constar en la mente de alguna de las partes o de ambas; pero también situaciones que pudieran acontecer en la vida diaria, por ejemplo, que el asociado aporte a la A. en P. un mueble de su propiedad, consistente en una pintura original de algún pintor famoso, la cual se encuentra en una bodega que tiempo atrás no ha ido a visitar, simplemente cree que allí sigue, pero debido a un accidente la pintura fue destruida, por su parte, al asociante se le encomienda conseguirle un adquirente a la misma, pero es claro que al ya no existir físicamente el objeto indirecto del acto, nos encontramos ante un caso de inexistencia del citado negocio.

Por su parte, al requerirse que la cosa se encuentre en el comercio, como su aspecto de posibilidad jurídica, se refiere a que el mismo debe de ser susceptible de apropiación particular o de los particulares, es decir, susceptible de apropiación de cualquier persona física o moral e incluso de cualquier corporación de carácter público reconocida por la ley. Como restricción a lo anterior encontramos que de acuerdo al art. 748 del CCF, las cosas estarán fuera del comercio por su naturaleza, como el sol, la luna, el aire, etc., y por disposición de la ley, por ejemplo, algunos tipos de droga, los cadáveres, etc. Mientras la cosa objeto del negocio salve las restricciones anteriores se

encontrará dentro del comercio. Así, por ejemplo, si se llegare a concretar un negocio de A. en P., en el cual el objeto estuviera fuera del comercio, aquél sería inexistente, por la imposibilidad jurídica de su objeto indirecto.

Por último, al referirse que la cosa debe de ser determinada o determinable, como requisito para la correcta configuración del objeto indirecto, se refiere a que la indeterminación de algo se traduce en su imposibilidad jurídica. En esas condiciones la aportación que haga el asociado a la asociación, no puede consistir genéricamente en una “casa” o la “máquina”, pues lo anterior consistiría en una indeterminación tal, que estaría condenado a la inexistencia.

D) Imposibilidad del hecho

Al analizar la correcta configuración del objeto indirecto nos referíamos a que éste consistía en la prestación o la abstención a cargo del o los obligados y derivado precisamente del objeto directo. En otras palabras, por lo que se refiere al hecho positivo o negativo, de un negocio, cabe mencionar que su posibilidad debe de ser tanto física como jurídica.

En ese orden de ideas, si mediante el negocio se obliga a la realización de un hecho imposible o a la abstención de algo de la misma índole por ser contrario a la naturaleza o a la ley, el negocio estará afectado de inexistencia.

IV. La Asociación en Participación afectada de Nulidad Absoluta

Debido a la magnitud de los intereses que mediante la previsión de éste tipo de nulidad, la ley pretende amparar, los cuales no sólo son los correspondientes a los particulares sino también al orden público y a las buenas costumbres y por lo mismo, como de su propia denominación se infiere, supone una invalidez total, una enfermedad que padecen los negocios, que además de grave es incurable. Cabe recordar que los efectos creados por un negocio declarado con nulidad absoluta, tiene repercusiones contra las partes, contra terceros, contra los particulares y contra el ministerio público, y como se dijo es insalvable, debido a que es inconfirmable e imprescriptible.

De acuerdo al art. 2225 del CCF, “la ilicitud en el objeto, en el fin o en la condición del acto produce su nulidad, ya absoluta o relativa, según lo disponga la ley” y de conformidad con el artículo siguiente, “la nulidad absoluta por regla general no impide que el acto produzca provisionalmente sus efectos, los cuales serán destruidos retroactivamente cuando se pronuncia por el juez la nulidad. De ella puede prevalerse todo interesado y no desaparece por la confirmación o la prescripción.”

Del precepto transcrito en segundo lugar se desprende que deben de tenerse presentes dos especies de nulidad absoluta⁵¹, una, aquella que permite una producción de efectos provisionales y otra que impide tal producción de efectos.⁵²

Enfocado a nuestra institución en estudio, la A. en P. estará afectada de este tipo de nulidad cuando carezca en su celebración de algún elemento esencial de los que requiere para su estructura, pues ello significa en suma que su objeto es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres, por ejemplo, a) se pretendiera otorgarle a la asociación una personalidad jurídica distinta de los otorgantes y por tanto, se le asignara una denominación o razón social (art. 253 LGSM); b) que se estipule en la A. en P. que el asociado tendrá relación jurídica con los terceros (art. 256 LGSM); c) que se pacte que el asociado responda de manera solidaria, subsidiaria e ilimitada, respecto de las pérdidas que pudiere reportar la A. en P., en el excedente al valor de su aportación (art. 258 LGSM); y d) que se pactara que la normatividad supletoria en materia de A. en P., fuera aquélla que le corresponde a la sociedad en comandita simple (art. 259 LGSM).

⁵¹ Deben de considerarse dos especies de nulidad absoluta: aquella nulidad absoluta *stricto sensu*, en la que el negocio correspondiente produce en forma provisional sus efectos y genéricamente su objeto va en contra de las leyes de orden público o buenas costumbres y aquella otra, nulidad de pleno derecho, en virtud de la cual, la propia ley priva de efectos al negocio correspondiente y desconoce los producidos, y, consecuentemente no se requiere resolución judicial que la declare.

⁵² *Ibidem*, pp. 135 y 136.

V. La Asociación en Participación afectada de Nulidad Relativa

Toda nulidad relativa queda restringida a intereses particulares, es decir, un negocio está afectado por ella, cuando fue celebrado en contravención de las reglas y objetivos planeados por las partes, y no sólo eso, también protege a los incapaces, los titulares de voluntades viciadas, etc.

En un análisis comparativo con la nulidad absoluta, de ésta se había dicho en cuanto a su aspecto patológico, que el negocio padecía de una enfermedad incurable, no así los negocios afectados de nulidad relativa, ya que la enfermedad de la cual es víctima, es menos grave y tiene posibilidades de sanar mediante confirmación o prescripción, para así surgir a la vida jurídica en toda su plenitud y cumplir su cometido regulador de los intereses particulares.⁵³

La nulidad relativa de que puede ser víctima un negocio jurídico, al contrario de la absoluta, desaparece con el tiempo, esto es, prescribe el derecho a revocarla; sólo puede ser demandada por aquella parte a quien perjudica, ya sea el incapaz o el que sufrió el vicio de voluntad correspondiente, o por ambas partes si no se observó la forma debida en la celebración del negocio; además, puede confirmarse el negocio correspondiente, bien liberándolo del defecto que dio lugar a su nulidad, o bien cumpliendo sus disposiciones, dando origen a una convalidación tácita. Por último, un negocio viciado de tal nulidad, siempre surtirá provisionalmente sus efectos, los cuales serán destruidos en forma retroactiva, si el Juez del conocimiento decide su nulidad.⁵⁴

De acuerdo a lo anterior, padecerá de nulidad relativa la A. en P. otorgada por un menor de edad, pudiendo solo él mismo invocar la nulidad respectiva (art. 2230 CCF) pudiendo además ser confirmado el mencionado negocio cuando cese la incapacidad (arts. 2233 y 2234 CCF).

⁵³ *Ibidem*, p. 138.

⁵⁴ *Idem*.

Igual trato merece la A. en P. que en su celebración no se haya observado la forma establecida por el art. 254 LGSM, pues conforme a los arts. 2231 y 2232 del CCF, la nulidad por falta de forma se extingue al ser observada con posterioridad, y las partes interesadas pueden exhibir el otorgamiento de la misma. En este caso el acto se confirma con posterioridad sanando así al acto o al negocio.

Por último, si la voluntad se expresó por error o con miedo, podrá ser confirmado el negocio correspondiente por quien padecía cualquiera de ellos (art. 2230 CCF), con un plazo de prescripción de 60 días la acción de nulidad del primero (art. 2236 CCF), y de 6 meses por miedo (art. 2237 del propio código) también la A. en P. en que se presenten, estará afectada de nulidad relativa.

TÍTULO SEGUNDO

“ÁMBITO MERCANTIL DE LA ASOCIACIÓN EN PARTICIPACIÓN”

Capítulo I

Antecedentes

I. Antecedentes Internacionales

Para el estudio de cualquier institución jurídica es necesario saber cual fue su origen, los motivos de dicha aparición y la utilidad que en determinado momento reportó, en este caso, al tráfico mercantil, para posteriormente conocer la evolución de la misma, con los motivos que destacaron en dicha evolución y la forma como se fue modificando la institución hasta nuestro días, que sin duda lo que hoy conocemos como A. en P. es producto de dicho devenir histórico y para comprender de forma integral a la institución, en cuanto a su regulación actual resulta necesario conocer su origen a nivel internacional, así como, su primer acogimiento en la legislación mexicana con sus diversas reformas hasta quedar como hoy en día la conocemos.

Las primeras manifestaciones de la A. en P. se encuentran en la *commenda*, la cual era practicada entre los pueblos de tshukchos del norte de Asia y los bereberes del África septentrional consistía en la realización de viajes y expediciones mercantiles en el tráfico de pieles y de otras mercancías, en donde una de las partes participaba aportando capital, generalmente la mercancía, y la otra su trabajo en el viaje; así ambos participaban de los beneficios obtenidos por el trueque efectuado. Asimismo, se ha sostenido que la A. en P. tiene su origen en el Derecho Romano, con la *admissio* o *asumptio*, que consistía en la admisión de un tercero a la sociedad con desconocimiento de los otros socios y que quedaba a los resultados relativos a su aportación, sin convertirse por ello en socio de la misma; sin embargo, estas instituciones del Derecho Romano constituyen un antecedente de las sociedades mercantiles, pero no de la A. en P.

La *commenda* mercantil evoluciona del negocio para venta de mercancías o adquisición de otras, en la que el *tractator* actuaba en nombre propio y la responsabilidad se limitaba al capital por él aportado, para dar lugar a otras instituciones como la sociedad en comandita, el seguro de riesgos y la propia A. en P., por lo que la mayoría de tratadistas admiten a la *commenda* como la génesis de la A. en P.⁵⁵ Así, GARRIGUES⁵⁶ expresa en el mismo sentido que:

“...el origen remoto de esta forma de sociedad se encuentra en la antigua *commenda* de la Edad Media: participación de un capitalista (*commendator*) en la especulación de un negociante (*tractator*), encomendándole mercancías para la venta o dinero para la compra. A ésta forma originaria, existe una asociación cuya fisonomía moderna es bastante próxima: la asociación de cuentas en participación (denominación que en derecho español se utiliza para la A. en P.). Sociedad comanditaria y cuentas en participación descansan en el mismo fundamento económico: ambas conceden a un capitalista la posibilidad de participar con una aportación patrimonial en el negocio mercantil dirigido por otro. Pero en la primitiva *commenda* no hay todavía verdadera figura social: el capital sigue siendo propiedad del capitalista. La forma social aparece cuando ambos contratantes aportan capital: aquí hay un socio capitalista y un socio capitalista e industrial. A partir de este momento se presentan dos derivaciones que conducen, respectivamente a la sociedad comanditaria y a las cuentas en participación: en una de ellas (*accomandita*) el capitalista se manifiesta al exterior como partícipe del negocio, dando origen a la sociedad comandita, y otra en la que áquel permanece oculto para los terceros, sin responsabilidad, en la cual el negocio se manifiesta al exterior como propiedad individual del comerciante, compañía secreta, antecedente directo de la asociación de cuentas en participación, que conserva la esencia de la antigua

⁵⁵ León Tovar, Soyla H., *op cit*, pp. 349 y 350.

⁵⁶ Garrigues, Joaquín, *Curso de Derecho Mercantil*, 2ª reimp., 9ª ed., México, Ed. Porrúa, 1998, t.I, p. 378.

commenda, mientras que la sociedad comandita conserva sólo el nombre.”

La *accomandita* tuvo gran desarrollo en Francia, y de la ordenanza francesa de 1673 pasó al Código de Comercio francés y de allí al español de 1829, éste último, sirvió de inspiración para la primera regulación nacional de la A. en P.

II. Regulación en México

El primer Código de Comercio para el Distrito y Territorios Federales de 1854 recogió a la A. en P. y la reglamentó sólo en tres arts. 265 a 267, colocándola después de las tres secciones destinadas a la “compañías de comercio”. En ésta materia de la A. en P., el Código de Comercio Español de 1829 le sirvió de inspiración a nuestro código, aunque no lo copió, y omitió reproducir principios básicos como los del art. 354 de dicho código que decía: “pueden los comerciantes interesarse los unos en las operaciones de los otros contribuyendo para ello con la parte de capital que convengan y haciéndose partícipes de sus resultados propios o adversos bajo la proporción que determinen”⁵⁷, en otras palabras, nuestro primer CCo no reguló la función primordial de la A. en P., es decir, olvidó su reglamentación como negocio de colaboración. Conforme a este ordenamiento, la A. en P. no estaba sujeta a las formalidades requeridas para las “otras” sociedades (arts. 265 y 266) y el resultado de las operaciones mercantiles, se repartían con las proporciones de interés y condiciones estipuladas entre las partes; asimismo, señaló que la responsabilidad de la A. en P. pesaba exclusivamente sobre el comerciante que la dirigía en su nombre particular, a quien se reconocía personalidad para intentar cualquier acción contra terceros (art. 267).

El Código de Comercio de 1884, que fue el primer ordenamiento de carácter federal, comprendía a la A. en P. en el título dedicado a las compañías de comercio, y la consideró (art. 357) como sociedad momentánea, “para hacer

⁵⁷ Barrera Graf, Jorge, *Instituciones de Derecho Mercantil*, 3ª reimp., México, Ed. Porrúa, 1999, p. 235.

una o varias operaciones comerciales” (terminología similar al actual art. 252 LGSM), que debían ser determinadas (art. 620). Permitía también la A. en P. meramente verbal (art. 621), y se indicaba que no estaba sujeta a “publicidad, razón social o fondo común” (art. 623).⁵⁸ Como se puede observar, a partir de éste CCo ya se perfila una regulación muy parecida a la actual LGSM, únicamente no reconocía a la A. en P. como una “negociación mercantil”, es decir, la posibilidad de que no fuera meramente momentánea, ni tampoco, le reconocía la forma escrita como elemento de validez del negocio.

El Código de Comercio de 1890, reguló a la A. en P. en el título “De las asociaciones” y la regulaba en cuatro arts. (268 a 271), distinguía dos tipos de ellas: la momentánea y la A. en P. propiamente dicha. Respecto a ésta última, en su art. 270 establecía que la A. en P. es aquella en la cual se interesan dos personas en operaciones que tratan en su propio nombre, siempre que éstas constituyan una sola entidad jurídica. Conforme dicho ordenamiento, no existe ninguna relación ni acción directa entre los asociados y los terceros, ya que sólo el asociante es el que actúa en nombre propio, y por tanto los asociados no se exteriorizan ni contraen obligaciones con terceros. La A. en P. se regulaba, en cuanto las proporciones de interés y condiciones que las partes estimaren convenientes.

La LGSM de 1934, que derogó los artículos respectivos del Código de Comercio de 1890 en materia de sociedades, regula la A. en P. como un contrato, sin reconocerle como sociedad ni con personalidad jurídica ni patrimonio propios. Por el momento, sólo se dio un recorrido por el devenir histórico que ha tenido nuestra institución en estudio, a través de las distintas leyes mercantiles que la han regulado y sus modificaciones respectivas. Más adelante se hará un análisis más profundo de las características actuales del negocio de A. en P.

⁵⁸ *Idem.*

Capítulo II

Diversas teorías que explican la naturaleza jurídica de la Asociación en Participación

I. Consideraciones preliminares

Mucho se ha discutido sobre la naturaleza jurídica de la A. en P., si es una sociedad o si es un contrato *sui generis*, en nuestra legislación las dudas afloran debido a que la regulan inmediatamente después de las sociedades mercantiles, pero, sin embargo, le niegan tal carácter al no ser enunciada dentro del catálogo de sociedades reguladas por la LGSM en su primer artículo. No obstante la calificación que la propia ley y los precedentes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante SCJN) han señalado como naturaleza la del contrato, le determinan expresamente aplicables las reglas de las sociedades en nombre colectivo, en tanto no se opongan a las disposiciones del Capítulo XIII de la LGSM que regula a la A. en P. y de manera indirecta también sería sujeta a la regulación de las demás sociedades mercantiles en general.

En los puntos siguientes se analizarán tres de las teorías más aceptadas acerca de la naturaleza jurídica de nuestra institución en estudio, a saber, la contractual, la societaria y por último, la del negocio jurídico, postura a la cual nos adherimos, por considerarla la más apegada a la realidad y funcionalidad de la A. en P., sin olvidarnos de que es una teoría poco acogida en nuestro medio jurídico, pero sin embargo, a nuestro parecer continúa siendo la que mejor se adapta a la naturaleza de la A. en P.

II. La Asociación en Participación como contrato

1) Exposición

En primer lugar nuestra LGSM califica de contrato a la A. en P., como se ha mencionado en el primer título de éste trabajo, para la correcta configuración

de una figura contractual son necesarias la aparición de los elementos de existencia y de los elementos de validez.

En cuanto al primer elemento de existencia de la A. en P. se encuentra el consentimiento, que como sabemos, se trata de un acuerdo de voluntades encaminadas a la producción, transmisión, modificación o extinción de derechos y obligaciones, que a su vez, dichas consecuencias jurídicas representan el objeto directo del contrato, a saber, el segundo elemento de existencia de todo contrato.

Respecto a los elementos de validez, son cuatro los elementos que conjuntamente debe de tener el contrato ya existente para no estar afectado de nulidad. Tales elementos de validez del contrato son la capacidad de las personas que forman parte del contrato y que son las mismas que prestaron su libre consentimiento para su correcta configuración; la forma consensual o la señalada por la ley para la expresión exterior del consentimiento; la ausencia de vicios del mismo consentimiento ; y que el objeto de referencia sea lícito, es decir, no contrario al orden público y a las buenas costumbres.

La naturaleza contractual de la A. en P. estriba en interesarse una de las partes en las operaciones que la otra realiza, mediante una aportación convenida y con la participación en los resultados prósperos o adversos. Una vez dicho lo anterior, de manera general la A. en P. funciona de la siguiente manera: Una de las partes conviene aportar bienes o servicios y la otra en darle participación de las utilidades o pérdidas que reporte la negociación mercantil o la o las operaciones de comercio.

2) Comentarios

De acuerdo al punto anterior, no hay duda que la A. en P. es un acto contractual, ya que la LGSM así lo establece dentro de la definición que en su art. 252 da sobre la A. en P. otorgándole tal carácter. Lo anterior, sin duda apoyado en la influencia francesa que nuestro Derecho Civil ha recibido y por consiguiente de su teoría general del acto jurídico. Pero la LGSM no es el

único apoyo a la teoría contractualista ya que también los criterios emitidos por la SCJN, le otorga dicho carácter, y además, la gran mayoría de tratadistas nacionales también se inclinan por esa opinión, siendo pues su naturaleza jurídica específicamente de carácter contractual en el que las partes convienen en los fines específicos. Se puede decir entonces, que no existe ninguna duda acerca del origen contractualista de nuestra institución, pero no obstante ello, también es cierto, que no necesariamente el contrato sea la naturaleza jurídica que mejor se adapte a la A. en P., ya que como se ha visto y se seguirá desarrollando en el presente trabajo, ésta institución tiene más puntos de contacto con el negocio jurídico que con el contrato, lo anterior derivado de la teoría general del acto jurídico desarrollada en Alemania, la cual, tiene cierta difusión en nuestro medio jurídico, pero no se aplica.

A la conclusión a la que podemos llegar respecto de éste tema, es que la naturaleza jurídica de la A. en P., al menos en nuestro sistema jurídico, es la contractual, aunque teóricamente no sea lo más acorde a la realidad, practicidad y racionalidad económica de nuestra institución, pero la ley así lo señala y no podemos ignorarla, ni a ella, ni a la tradición de la cual emana.

III. La Asociación en Participación como sociedad.

1) Exposición.

Para la presente exposición nos referiremos a la opinión de uno de los principales defensores de esta naturaleza jurídica de la A. en P., MANTILLA MOLINA⁵⁹, para quien, el carácter esencial del negocio social es la *affectio societatis* que ha de entenderse como la existencia de una igualdad tal entre las partes, que los constituye en verdaderos socios. Pero cuando falta la *affectio societatis* así entendida, cuando no todos los presuntos socios están colocados en un mismo plano, cuando unos mandan y otros obedecen, o unos se aventuran en el campo del comercio corriendo los consiguientes riesgos, a cambio de la posibilidad de ganancias, al paso que otros ni están expuestos a

⁵⁹ Mantilla Molina, Roberto, *Derecho Mercantil*, 30ª ed., México, Ed.Porrúa, 2006, pp. 185 y ss

aquéllos ni tienen la posibilidad de éstas, entonces falta una verdadera comunidad de fines: unos pretenden realizar una hazaña económica, mientras otros se contentan con obtener una renta de su capital o una remuneración de su trabajo. Falta el fin común, y ello trae como consecuencia que falte la *affectio societatis*. Concepto que a decir del autor, se encuentra en la A. en P. ya que sus elementos personales se constituyen como verdaderos socios, corriendo ambos riesgos a cambio de la posibilidad de ganancias. Por lo tanto, a su parecer, al existir *affectio societatis* estamos frente a un negocio social.

Cuando se persigue un fin mercantil consistente en obtener y repartir utilidades, tal como explotar una negociación mercantil o celebrar uno o varios actos de comercio, y a tal efecto se aportan bienes o servicios a una persona encargada de realizar dicho fin, se celebra un contrato de asociación en participación, que viene a ser una especie de las sociedades mercantiles, caracterizada por no exteriorizarse frente a terceros y porque le es indispensable una finalidad de especulación comercial.

2) Comentarios.

A pesar de la lógica con la que el autor antes señalado intenta probar el carácter societario de la A. en P., existen pruebas fehacientes con las cuales se puede desvirtuar las aseveraciones anteriores, por ejemplo, en la A. en P. tan cierto es que nunca se forma una persona moral, que ni siquiera internamente existe, mucho menos frente a terceros, sino que es el asociante quien actúa a nombre y cuenta propios, y no de la A. en P. Aún en el caso de que el asociado realizará operaciones en virtud del negocio, sólo podría hacerlo en nombre del asociante, ya sea como mandatario o comisionista.

En su exposición señala que para la existencia de una sociedad debe de existir la *affectio societatis*, la cual, desaparecería en caso de que uno de los socios pretendiera realizar una hazaña económica, mientras otros se contentan con obtener una renta de su capital o una remuneración de su trabajo, que es exactamente lo que sucede en la A. en P., donde el asociante, se aventura a realizar dicha hazaña económica, en nombre propio y

exponiendo su patrimonio en ello, mientras que el asociado, se conforma con la renta que le producirá su aportación a la asociación de acuerdo al resultado que arroje el negocio o la operación de comercio y de acuerdo a lo pactado con el asociante. Lo cual, traería como consecuencia la falta de *affectio societatis*, y por lo tanto, la falta de una naturaleza societaria de la A. en P.

Otro de los aspectos fundamentales de las sociedades, es la existencia de un patrimonio propio del cual carece la A. en P., ya que la persona que realiza las operaciones responde frente a terceros con su patrimonio propio. Otro argumento consiste en que, en la A. en P. no se presenta la combinación de recursos y esfuerzos porque en todo caso la colaboración o participación que se dá en ella es diversa de aquella de las sociedades.

En la A. en P. –según León Tovar- no existe la *affectio societatis*, esa idea de colaboración e intención de constituirse en socios, característica de las sociedades. También la idea de colaboración es uno de los datos más importantes para diferenciar las sociedades de las otras instituciones jurídicas en que no existe colaboración en una actividad común para la consecución de un fin, como acontece precisamente en la A. en P. en la que no hay *affectio societatis*.

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

La participación en la A. en P. difiere de la idea de colaboración social en cuanto a las sociedades, si bien también se participa en los resultados de un negocio u operación, no hay un quehacer común como en materia de sociedades. Es el asociante, quien realiza y dirige las operaciones de la

asociación, en su nombre y bajo su responsabilidad individual. Y si no hay *affectio societatis* en la A. en P. no puede hablarse de sociedad.⁶⁰

IV. La Asociación en Participación como negocio jurídico.

1) Exposición

Como se ha mencionado en el Título anterior del presente trabajo, el negocio jurídico se crea en la segunda mitad del siglo XIX en Alemania como una teoría general del Acto Jurídico, si bien no en abierta oposición a la Francesa, sí con caracteres propios y diferentes a los franceses.

De forma breve y sintética, podemos decir que ésta teoría Alemana, distingue entre hechos jurídicos, actos jurídicos *stricto sensu* y negocios jurídicos. Para el primero de ellos sólo contemplan a los hechos de la naturaleza que traen aparejados consigo consecuencias de derecho, las cuales son totalmente ajenas al elemento volitivo del ser humano. En el segundo caso se refiere a toda manifestación de voluntad que tiende a la realización de un acontecimiento, al cual el ordenamiento legal ya le ha señalado las consecuencias de derecho que por su verificación se actualizarán. En otras palabras, la conducta del sujeto se limita a someterse conscientemente a una serie de consecuencias jurídicas ya fijadas en los dispositivos y con la verificación del acto nacen, *ipso jure*, esas consecuencias, siendo irrelevante para la ley que la voluntad de quien la otorga coincida con ellas, las haya querido parcialmente, o inclusive, se encuentre en total inconformidad con las mismas. En cuanto al último de los conceptos mencionados, es decir, el negocio jurídico, la voluntad sigue jugando un papel fundamental, pero no sólo como un elemento de existencia, sino también, como un elemento necesario para la obtención de las consecuencias de derecho que la misma persigue, es decir, simplemente adecuarse a las consecuencias planteadas en la legislación o crear las partes su propia normatividad, la cual, será ley entre las mismas y además, tutelada por el ordenamiento jurídico y el poder estatal. El

⁶⁰ León Tovar, Soyla H., *op cit*, pp. 357 y 358.

Negocio Jurídico, se manifiesta como la expresión suprema de la autonomía de la voluntad.

2) Comentarios

Dicho lo anterior, si bien sabemos que de acuerdo a nuestra legislación, criterios de la SCJN y la gran mayoría de tratadistas nacionales que consideran a la A. en P. como contrato, también es cierto que debido a la versatilidad de la A. en P. y a la extensa gama de actividades dentro de las cuales se puede desarrollar ésta institución, se adecúa de mejor forma al concepto de Negocio Jurídico, en vez de a la figura contractual, conocida en la Teoría Alemana como acto jurídico *stricto sensu*. Para el presente apartado hacemos extensivos los comentarios que al respecto hicimos en el Título Primero del presente trabajo (Pag. 14).

Capítulo III

Características de la Asociación en Participación

I. Carácter contractual

Siguiendo de manera estricta nuestra legislación (una vez expresada nuestra opinión respecto de la naturaleza jurídica de la A. en P.), la LGSM califica de contrato a la A. en P. ya que debe de existir acuerdo de voluntades entre las partes contratantes, y además del consentimiento señalado, también es indispensable el objeto que pueda ser materia del contrato. En la A. en P. una de las partes (asociado) conviene en aportar bienes o servicios y la otra (asociante) en darle participación en las utilidades o pérdidas de una o varias operaciones de comercio o de una negociación mercantil.

II. Ausencia de personalidad

La A. en P. carece de personalidad jurídica conforme al art. 253 de la LGSM, y por lo tanto, al no tenerla, también carece de los atributos de la personalidad,

propios de las personas físicas, y en el caso, de las personas morales. Incluso, si el asociante contrata en nombre de la A. en P. como si fuera una persona moral, a pesar de que no lo es, por aplicación del art. 2 de la LGSM se consideraría, la existencia de una sociedad irregular y la responsabilidad frente a terceros sería solidaria, subsidiaria e ilimitada por parte del asociante.

Al no tener personalidad jurídica distinta de los contratantes la A. en P. no tiene patrimonio propio, por lo cual, las aportaciones que realice el asociado pasan a propiedad del asociante, salvo pacto en contrario (art. 257 LGSM). Otro aspecto donde la carencia de patrimonio demuestra la falta de personalidad, se da en el caso de que cualquier persona moral puede ser acreedora o deudora de sus miembros o de un tercero, quienes a su vez pueden ser acreedores y deudores de la sociedad; en la A. en P., en cambio, el asociado no tiene derecho y obligaciones con algún ente social, sino con el asociante, derechos de crédito o bien obligaciones, según resultado de las operaciones o de la negociación mercantil.

Una vez otorgados ejemplos de la falta de patrimonio por la consiguiente falta de personalidad jurídica, nos referiremos al caso de la supuesta existencia de obligaciones a cargo de la A. en P., que a diferencia de lo que sucede con las personas morales, donde su patrimonio sirve de prenda preferente a los acreedores, en la A. en P. los acreedores del asociante se confunden tanto los que surjan con motivo de éste contrato como los que surjan por actos o hechos jurídicos ajenos al mismo y únicamente es el patrimonio del asociante el que responde frente a tales acreedores.⁶¹

La A. en P. también carece de nombre sea razón o denominación social, que corresponderían a las sociedades, porque es el asociante quien realiza las operaciones motivo del negocio en su nombre y bajo su responsabilidad individual.

⁶¹ *Ibidem*, p. 359.

Por ello, si la persona jurídica se concibe como un sujeto de derecho, como la unificación de derechos y obligaciones, en última instancia, como la fórmula jurídica adecuada para conseguir los fines sociales, resulta claro que para la consecución de los fines de la A. en P. no se requiere personalidad, porque el asociante es quien realiza todas las operaciones y es el único que se obliga frente a terceros, y en este sentido no tendría razón de ser la atribución de personalidad a la asociación, sino actúa como un ente distinto de las partes y si el asociante no obra en representación de la A.en P., sino como dueño exclusivo de las operaciones. La A. en P. no constituye un ente colectivo; es simplemente un negocio que no extiende su propia eficacia más allá de las relaciones entre las partes, como ellas mismas lo quisieron y sólo teniendo como límites las directrices señaladas por la legislación.⁶²

III. Falta de patrimonio propio

La A. en P. carece de patrimonio propio, como se desprende del art. 257 de la LGSM, que establece que respecto a terceros los bienes aportados pertenecen en propiedad al asociante. En efecto, puesto que nuestro negocio carece de personalidad y que no es sociedad, es natural que carezca también de patrimonio propio, que es un atributo de la personalidad; los bienes aportados con ocasión del negocio no pueden transferirse a la A. en P. en sí, se transfieren al patrimonio del asociante, salvo pacto en contrario, en el cual, el asociado tendrá el derecho de reversión. Por la ausencia de personalidad; no se configura un patrimonio o un fondo común porque, como ya se dijo, el único patrimonio que existe ante los terceros es el del asociante.

Para SOLÁ CAÑIZARES, la ley no prohíbe formar un fondo común, por lo tanto es lícito. Sin embargo, si bien es cierto que no se prohíbe la existencia de éste, ello se deduce de las relaciones meramente contractuales entre asociante y asociado, y de la carencia de personalidad jurídica; permitir la existencia de un patrimonio común iría contra la naturaleza de la A. en P., y el pacto que lo estableciera no sería válido por cuanto que el asociante no

⁶² *Idem*

limitaría su responsabilidad hasta el monto de dicho patrimonio, constituido por las aportaciones de las partes, sino que respondería con todo su patrimonio; o bien, ambos convienen en exteriorizarse ante terceros como sociedad y ante esa situación estaríamos frente a una sociedad irregular.

El mismo autor expresa que hay un fondo común provisional formado por los beneficios que aún no se distribuyen, o eventualmente por las pérdidas que se hayan producido; en éste sentido, dicho fondo estará constituido por las utilidades o pérdidas, resultado de las operaciones de comercio que no corresponden, ni al asociante ni al asociado, sino a ambos y que se distribuyen de acuerdo con la forma y el método de la asociación. No hay nada en común: es una obligación del asociante frente al asociado en el primer caso; un derecho de éste frente a aquél, en el segundo, porque aunque ambos participen de los resultados ello no significa que éstos constituyan el fondo común de la A. en P., puesto que se trata de un negocio del asociante o de las operaciones por él realizadas, de cuyas utilidades o pérdidas debe de hacer partícipe al asociado, pero no es de ninguna manera el patrimonio o fondo común de la A. en P.⁶³

Como la A. en P carece de patrimonio, lo anterior determina la transmisión de los bienes aportados por el asociado al asociante, quien frente a terceros aparece como dueño exclusivo de ellos, o bien, establecen el derecho de reversión para que cada uno, conserve la propiedad de los mismos.

IV. Carácter oculto

La A. en P. es un negocio de carácter oculto, pero el hecho de que no se manifieste como tal frente a terceros ni de que requiera publicidad (art. 254 LGSM) no significa que se trate de una sociedad oculta⁶⁴. La A. en P. se diferencia de las sociedades ocultas, en el hecho de que no existe una

⁶³ Citado por León Tovar, *op cit*, pp. 360 y 361.

⁶⁴ Las sociedades ocultas, son aquellas que no se ostentan al público mediante su inscripción registral, y que no celebran actos o contratos con terceros, no son comerciantes, en cuanto que si bien se constituyen con arreglo a las leyes mercantiles (LGSM, principalmente), no adquieren personalidad jurídica, en cuanto que no se inscriben en el Registro de Comercio ni se exteriorizan ante terceros. Barrera Graf, Jorge, *ob. cit.*, p. 255.

actuación común de una actividad económica ni la aportación de bienes a un patrimonio común; la aportación del asociado pasa al patrimonio del asociante. En efecto, no existe la intención de los otorgantes de crear una sociedad con personalidad jurídica, ni tampoco crear una comunidad de bienes, ni aun de manera interna. En la A. en P., la aportación del asociado, como ya se dijo, pasa al patrimonio del asociante y no existe el ejercicio en común de dicha actividad económica.

La peculiaridad de este negocio se fundamenta principalmente en que permanece desconocido para los terceros. Nuestra LGSM establece que la A. en P. no está sujeta a registro (art. 254), que el asociante obra en nombre propio y no habrá relación jurídica entre el asociado y los terceros (art. 256), y que respecto a terceros los bienes aportados por el asociado pertenecen en propiedad al asociante (art. 257). De todas éstas disposiciones se advierte el carácter oculto de la A. en P., aunque cabe aclarar que para nuestra legislación no es un elemento esencial, porque se puede dar a conocer la misma sin que por ello sufra algún tipo de nulidad u obligue al asociado frente a terceros que contraten con el asociante, y la notoriedad y publicidad no la convierten en sociedad.

“La publicidad –dice León Tovar- del negocio de A. en P. no está prohibida por la ley, sino que se prevé como garantía para los acreedores del asociado y del asociante, porque sino se incribiera en los registros públicos, la calidad de la transmisión de los bienes aportados por el asociado, sobre todo bienes muebles, los terceros de buena fe podrían, como en cualquier caso, presumir que son propiedad del asociante lo cual resulta de importancia en materia de quiebra o concurso mercantil del asociante, para poder determinar si dichos bienes pueden separarse o no de la masa del quebrado o concursado.

De manera que en México el carácter oculto del contrato no entraña la responsabilidad limitada del asociado, porque aunque se dé a conocer, sigue manteniendo dicha responsabilidad; quien responde frente a terceros

es el asociante y no existe relación entre dichos terceros y el asociado; éste únicamente tiene derechos y obligaciones con el asociante...”⁶⁵

V. Carácter asociativo

Este carácter es fundamental en nuestra institución, ya que nos muestra una de sus características primordiales, como lo es la asociación, que se puede definir como: “juntarse, reunirse para algún fin” que nos muestra de manera clara el objetivo primordial de la A. en P., es decir, la conjunción de esfuerzo y capital para la obtención de una o varias operaciones de comercio o el manejo de una negociación mercantil. Dicho lo anterior podemos decir que la asociación es una convención o un convenio por el cual, dos o más personas ponen en común sus conocimientos, sus bienes, su actividad, experiencia o prestigio con cualquier objeto lícito.

En la LGSM no existe definición alguna de asociaciones mercantiles, la única definición que se encuentra es la de Asociación Civil en el CCF, que en su art. 2670 dispone que se constituye una cuando varios individuos convinieren en reunirse de manera que no sea enteramente transitoria, para realizar un fin común que no esté prohibido por la ley y que no tenga carácter preponderantemente económico, pero que, para nuestro ámbito mercantil no otorga alguna luz al respecto, ya que, como veremos, existen sustanciales diferencias al respecto. La expresión de asociación en participación dista mucho de la institución regulada en materia civil, puesto que la asociación civil no puede tener propósitos preponderantemente económicos ni especulativos.

“En sentido amplio –dice León Tovar-, hay asociación siempre que varias personas aparecen jurídicamente unidas para un fin común, dentro de este concepto quedan comprendidas figuras jurídicas..., pero a medida que surge la regulación de cada una de ellas y sus características propias, unas y otras van diferenciándose hasta presentarse como instituciones diferentes.

⁶⁵ León Tovar, Soyla H., *op cit*, pp. 361 y ss.

En vista de que muchos fines no podrían realizarse o conseguirse con eficacia y prontitud, sin necesidad de recurrir a trámites jurídicos para la constitución de una sociedad mercantil, con los formalismos y trámites jurídicos que ellas requieren... el derecho que no puede permanecer a la zaga del desarrollo económico y del tráfico mercantil, recogió y estableció el régimen jurídico de la A. en P., cuyo fin no es sólo preponderantemente económico, sino también especulativo.”⁶⁶

Ahora bien, en su acepción gramatical nos queda claro que la A. en P. es efectivamente una asociación, el problema se vislumbra en su acepción jurídica, y si bien, la mayoría de los autores le reconocen el carácter asociativo a la A. en P., la falta de patrimonio y de personalidad jurídica motiva que la figura se regule en el capítulo dedicado a los contratos especiales, porque no extiende sus efectos más allá de una simple relación contractual entre asociante y asociado.

La A. en P. presupone solamente la gestión exterior personal, no social, de negocios singulares o de una negociación mercantil, con una responsabilidad exclusivamente personal del asociante, cuyos resultados determinan los derechos de crédito de los partícipes. De ahí que la reunión de recursos para la realización de la A. en P. difiere de la que existe en las sociedades mercantiles, puesto que en ésta no se busca la creación de un patrimonio distinto de aquel de los otorgantes, en cambio, las aportaciones del asociado entran (salvo pacto en contrario) al patrimonio del asociante para colaborar y hacer frente a las obligaciones contraídas por él en la dinámica comercial del negocio. En conclusión, podemos decir que es indudable el carácter asociativo de la A. en P., ya que la finalidad que las partes persiguen es anhelada por igual, y debido a ello es que celebran éste negocio, es común a ambos.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 366.

1) Diferencias con la A.C.

La A. en P. en concordancia con la Asociación Civil, tienen como similitud que ambas se tratan efectivamente de especies del negocio asociativo, en términos del concepto legal de la A.C. (art. 2670 CCF) y de la interpretación de los preceptos legales relativos a la A. en P., sin embargo, ésta última se aparta, en primer lugar, porque puede referirse a una reunión transitoria si la aportación de bienes o de servicios se efectúa para una sola operación de comercio, o más o menos permanente si se trata de la participación de resultados de una negociación mercantil, lo cual, es enteramente prohibido para una A.C. que debe constituirse de manera que no sea enteramente transitoria: y en segundo lugar, sobre todo, porque la A. en P. siempre tiene un carácter preponderantemente económico y de especulación comercial, lo cual también es prohibido para la A.C.

2) Diferencias con la S.C.

De la misma forma la A. en P. tiene en concordancia con la Sociedad Civil, que ambas son especies del negocio asociativo, ambas combinan recursos o esfuerzos para la realización de un fin común y que además, también tienen un carácter preponderantemente económico. En cuanto a los signos distintivos de ambas, en primer lugar tendremos que remitirnos a la regulación de la S.C. que se encuentra en el art. 2688 del CCF, donde nos dice que se constituye una sociedad cuando los socios se obligan mutuamente a combinar sus recursos o esfuerzos para la realización de un fin común de carácter preponderantemente económico, pero que no constituya una especulación comercial. Bajo este tenor, la A. en P. no se trata de una sociedad en sentido estricto porque fundamentalmente “los recursos o los esfuerzos” a que alude el citado art. 2688, si bien se combinan para la consecución del fin común, no se crea, como en la sociedad, para la formación de un fondo común, sino que se transmiten al asociante; también porque la A. en P. no constituye una forma de organización específica, con órganos propios ya que el asociante es el único que figura y actúa; y por último, la A. en P. se constituye con el objeto de la especulación comercial, lo cual resulta imposible para la S.C.

VI. Negocio jurídico plurilateral por las voluntades que intervienen en su celebración y bilateral en cuanto al contenido obligacional.

1) Planteamiento

Al referirnos a que la A. en P. es un negocio plurilateral, nos referimos al número de voluntades que en determinado momento un negocio jurídico requiere para su estructura, bajo este tenor estaremos ante un acto unilateral cuando sólo se necesite una voluntad para su correcta configuración. Por el contrario, para la integración de la figura negocial se necesita la participación de dos o más voluntades, entonces es un negocio jurídico plurilateral como sucede particularmente con el contrato como acto jurídico en sentido estricto y con el negocio jurídico.

En el negocio unilateral, el titular de la voluntad que interviene es su autor, en cambio, si se trata de un negocio jurídico plurilateral, quienes lo celebran son denominados partes y el acuerdo de voluntades mencionado se traduce en consentimiento, y además si se trata de un negocio en cual intervienen, como es la mayoría de los casos dos o más sujetos, se califique dicho negocio como bilateral.⁶⁷

Ahora bien, una vez dicho lo anterior nos referiremos ahora a la unilateralidad y a la bilateralidad del contrato. Referente a la unilateralidad sabemos que por virtud de la misma sólo una de las partes queda obligada hacia la otra sin obligaciones de ésta para con la primera; por el contrario la bilateralidad significa que existen obligaciones a cargo de una y de otra parte, pero no sólo eso, además, es menester que tales obligaciones sean recíprocas, lo que implica que debe de haber una estrecha interdependencia de la obligación a cargo de una parte y de la obligación a cargo de la otra, de tal manera que si una de dichas obligaciones no nace, tampoco nace la obligación a cargo de la otra parte.⁶⁸

⁶⁷ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *Derecho Civil, cit.*, p. 530.

⁶⁸ Sánchez Medal, Ramón, *De los Contratos Civiles*, 21^a ed., México, Ed. Porrúa, 2005, p. 114.

Por último, y antes de entrar en materia de la A. en P. estudiaremos una clasificación más de los contratos, aquella que los divide en monosubjetivos y plurisubjetivos, ésta clasificación obedece al número de personas que intervienen en su realización ya sea, una voluntad, serán monosubjetivos y aquellos que intervengan dos o más personas manifestando su voluntad, serán plurisubjetivos, que a diferencia de la clasificación que los divide en unilaterales y bilaterales, se toma en consideración las obligaciones que genera el acto, ya sea para una sola de las partes o para todas las que intervienen en él; y así, un acto será unilateral si sólo genera obligaciones para una de las partes aunque intervengan dos o más en la realización del acto y será bilateral si genera obligaciones para las dos partes o para todas las que intervengan en el acto.⁶⁹

A) Opinión personal

Una vez presentado un esbozo de las diversas clasificaciones que los doctrinarios han creado, se abre paso para colocar a nuestra institución en dichas clasificaciones. Creemos que la A. en P. es un negocio plurilateral por las voluntades que intervienen en su celebración, que pueden ser como mínimo dos y en adelante no hay restricción alguna en la ley. Pero también, que es un negocio bilateral no sólo porque existen dos partes, ya que de esa forma sería plurisubjetivo, sino en cambio, porque existen obligaciones a cargo de una y otra parte, lo que no impide que cada una de ellas esté integrada por varias personas con un interés común, pero sólo existe el asociado, por una parte y el asociante por la otra, quienes a su vez se otorgan prestaciones u abstenciones recíprocas en beneficio común, es decir, las prestaciones a cargo del asociado benefician a éste, porque el asociante debe de cumplir con la operación o con el negocio en vista del cual se celebró la A. en P., y además, ambos se vuelven partícipes de las utilidades o pérdidas que se reporten.

⁶⁹ Zamora y Valencia, Miguel Ángel, *Contratos Civiles*, 11ª ed., México, Ed. Porrúa, 2007, p. 58.

VII. Naturaleza formal

La A. en P. no es un contrato real, ya que para su perfeccionamiento no es necesaria la entrega de la cosa, en este caso, la aportación del asociado al asociante. Su naturaleza es formal, puesto que de acuerdo al art. 1796 del CCF, “Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento; excepto aquéllos que deban de revestir una forma establecida por la ley...”, en otras palabras, la regla general es la forma consensual para el perfeccionamiento del contrato, pero en la A. en P. nos encontramos ante la excepción que consiste en la forma escrita, (art. 254 LGSM) aunque cabe mencionar que dicha forma escrita no es un elemento esencial para su existencia, sino únicamente un medio de prueba del negocio y un requisito de validez, cuya omisión únicamente traería como consecuencia la nulidad relativa, por lo cual, aunque no se hubiere celebrado por escrito las partes, tiene derecho a pedir ante tribunales que se otorgue la forma omitida.

Para terminar, basta decir que el escrito privado es suficiente para colmar ésta exigencia sin necesidad de testigos y como lo menciona el propio (art. 254) tampoco necesita registro, por lo tanto, tampoco es necesario elevar a escritura pública el negocio, a menos que por la naturaleza de los bienes aportados a la asociación sea necesario dicho requisito (art. 257) y su consiguiente registro.

VIII. Traslativo de dominio

Esta característica no es esencial. Frente a terceros lo es (art. 257), salvo que, se traten de bienes que por la naturaleza de la aportación sea necesaria alguna otra formalidad (inmuebles) y dicha transmisión deba de constar en escritura pública e inscribirse en el Registro Público de la Propiedad, o que, aunque por su naturaleza no sea necesaria alguna formalidad o publicidad, las partes convengan el derecho de reversión hacia el aportante, es decir, hacia el asociado y dicha cláusula se inscriba en el Registro Público de Comercio del lugar donde el asociante ejerce el comercio. También se puede convenir que los bienes y derechos aportados por el asociado, únicamente

concedan el uso o goce al asociante y nunca pierda el asociado la disposición del mismo.

IX. Carácter oneroso

Es una característica que recae sobre ambas partes: porque se establecen “provechos y gravámenes recíprocos” en oposición a gratuito en donde “el provecho es solamente para una de las partes” (art. 1837 CCF).

En este caso, el asociante tiene el derecho de recibir del asociante (quien a su vez tiene la obligación de entregar) el bien o servicio que será objeto de la A. en P., a su vez, el asociante tiene la obligación de hacer partícipe al asociado de las utilidades o pérdidas que reporte sus operaciones de comercio o su negociación mercantil, en la forma pactada o en su defecto, conforme al art. 16 LGSM.

X. Carácter aleatorio

En cuanto a las partes de la A. en P., al celebrar dicho negocio “no pueden apreciar inmediatamente el beneficio o la pérdida que les cause éste” se trata de un negocio aleatorio, no conmutativo (art. 1838 CCF); lo anterior debido a que al momento de suscribirlo las partes no pueden anticipar los resultados del mismo, los cuales pueden variar por cuestiones totalmente ajenas a ellos, por ejemplo, las fluctuaciones del mercado, implementación de nuevas contribuciones, crisis económicas, etc. Se sabe que al ocurrir pérdidas o ganancias, ambas partes participarán de ellas en la forma convenida, y como son eventuales, no pueden disponer de ellas hasta que no sean tangibles, ni pueden contar con ellas, en caso de ganancias, ni pueden deducir pérdidas para determinar su situación patrimonial o fiscal.

Cabe resaltar que de acuerdo a SÁNCHEZ MEDAL⁷⁰ “...en los contratos aleatorios o de suerte lo que para una de las partes es ganancia al realizarse

⁷⁰ Sánchez Medal, Ramón, *op cit.*, p. 119.

o conocerse el acontecimiento incierto, para la otra viene a ser pérdida, o sea hay aquí una reciprocidad y alteridad, entre la ganancia de uno y la pérdida experimentada por el otro". A lo que se refiere el citado autor, y poniendo como ejemplo a nuestra institución, tendríamos que el acontecimiento incierto sería el resultado económico de la asociación, es decir, si reportara pérdidas o ganancias, las cuales, beneficiarán en mayor o menor medida a cada uno de los contratantes. Por ejemplo, el asociado aporta un inmueble a un asociante para que éste construya un condominio, y pactan que le participará al primero de ellos, el 5% del valor de cada departamanto vendido, y además le entregará uno de ellos en propiedad. El asociante, por su parte se quedará con el 95% restante del valor de venta. Debido a una crisis económica y a la nula venta, el asociante se ve obligado a rebajar el costo de los departamentos, lo que será en su perjuicio, ya que aunado a eso, se elevaron mucho los costos de materiales de construcción, teniendo que, forzosamente respetar el acuerdo inicial. Por su parte, si bien el asociado también se ve perjudicado en su porcentaje por la rebaja de los departamentos, no tiene que hacer frente al alza de precios en los insumos. Aquí se ve claro lo aleatorio del negocio, ya que perjudica a uno y por el contrario, beneficia a otro, y si bien, en el ejemplo anterior el asociado no es beneficiado de manera directa, por lo menos, no ve menguado su patrimonio, como el del asociante.

XI. Negocio de colaboración

La A. en P. es un negocio de colaboración económica habida cuenta del interés común que existe entre las partes, ya que si bien se dan intereses antagónicos, entre ellas, también aparacen prestaciones paralelas, cuya finalidad consiste precisamente en la consecución de un fin que es el mismo para ambas.

Desde su constitución y su funcionamiento la A. en P. es un negocio de colaboración económica porque existe en ella la colaboración en recursos o esfuerzos para la realización de una o varias operaciones de comercio, o en la explotación de una negociación mercantil por una de las partes (asociante) y la colaboración económica (aportación de bienes o servicios del asociado)

para obtener resultados óptimos y participar en ellos de acuerdo a lo pactado.⁷¹

Capítulo IV

Obligaciones y derechos de las partes

I. Obligaciones del Asociado

Respecto a éste tema, la obligación principal del asociado, que además, constituye el objeto del negocio, es la aportación que debe de realizar a la asociación, y que de acuerdo a la LGSM (art. 252) puede consistir en cualquier bien y/o derecho, y que implique la transmisión de la propiedad o del uso o goce de tales bienes y/o derechos. Tratándose de bienes, el asociado puede aportar dinero, bienes muebles e inmuebles que estén dentro del comercio y además, se puedan transmitir: créditos, derechos y acciones que tengan por objeto cosas muebles o cantidades exigibles en virtud de acción personal, en cuyo caso deberá reponder no sólo de la existencia y legitimidad del bien, sino también de la solvencia del deudor en la época de la aportación (art. 12 LGSM); acciones de sociedades; títulos de crédito (art 2 LGTOC); derechos reales sobre inmuebles; frutos naturales, industriales o civiles.

Como ya se ha mencionado anteriormente, en la A. en P. así como, en las sociedades mercantiles, salvo pacto en contrario, la aportación de bienes se entenderá como traslativa de dominio hacia el asociante, quien de la misma manera correrá el riesgo de la cosa, a partir del momento que el asociado la haya entregado (art. 11 LGSM).

Como recordamos la propia LGSM (art. 252) señala que el asociado, no sólo puede aportar a la asociación bienes, sino también servicios, como una obligación de hacer contraída en virtud de la A. en P. Se admiten éste tipo de aportaciones en sociedades de personas, y como sabemos, es extensiva ésta

⁷¹ León Tovar, Soyla H., *op cit*, pp. 370 y 371.

regulación a nuestra institución de acuerdo a la supletoriedad que la LGSM establece con la Sociedad en Nombre Colectivo (art. 259).⁷²

La prestación de servicios debe de hacerse en forma directa ya que se trata de un negocio *intuiti personae*, ya que es lógico pensar que dicho asociado fue elegido por sus conocimientos especiales, su prestigio o cualidades personales, y en caso de que un tercero llegare a prestar dichos servicios, el negocio de A. en P. sólo se celebra y surte sus efectos entre asociado y asociante y dicho tercero sólo sería un dependiente económico (trabajador) y subordinado del asociado, nunca de la A. en P. ni del asociante. También cabe señalar que por el servicio que prestaría el asociado no se configura una relación laboral, ya que, si bien presta su servicio de manera personal, nunca se configura la subordinación, puesto que la A. en P., como lo hemos visto, es un negocio asociativo y de colaboración, es decir, se establece una relación de coordinación entre las partes, nunca de subordinación.

La aportación constituye un elemento del cual el asociante se beneficia para iniciar o continuar una negociación mercantil o una operación de comercio, y por lo tanto, tiene una función económica e instrumental respecto a la actividad ejercida por el asociante, de donde se desprende la importancia de su existencia, pero no la naturaleza de la prestación. Es decir, el negocio permanece idéntico independientemente del contenido de la prestación, pero si ésta no existe, el negocio sería inexistente por carencia de objeto. No pueden ser materia de aportación los créditos inexistentes, derechos indeterminables, los aleatorios o aquellos derechos reales que no se puedan enajenar, como el uso o la habitación.

Una vez dado un panorama general de la principal obligación del asociado que consiste en aportar bienes o servicios, de la misma manera, resulta importante explicar otra de sus obligaciones y que consiste en sufrir las pérdidas que pudiera resultar de la A. en P., en la proporción convenida (art. 258); sin embargo, si nada se convino, se estará supeditado a lo que dicta el

⁷² *Ibidem*, pp. 376 y 377.

art. 16 de la LGSM, tomando en cuenta que las pérdidas que correspondan al asociado no podrán ser superiores al valor de su aportación, tampoco si prestó sus servicios reportará pérdidas, lo anterior en la inteligencia que si el negocio no reportó ganancias no le será retribuido su trabajo.

II. Obligaciones del Asociante

La primer y más grande obligación a cargo del asociante es la de realizar en su nombre las operaciones o negocios pactados afectando los recursos o servicios que con motivo del negocio el asociado comprometió. Frente a los terceros será el asociante el único dueño del negocio o de la operación (art. 256 LGSM) y como tal, actúa directamente en la dirección y administración de la negociación mercantil. Por lo tanto, también será el encargado de desempeñar todas las gestiones necesarias, lo que significa que la iniciativa económica está determinada por él (puesto que la negociación o la operación son propias) y aunque no actúa en representación del asociado, en sus relaciones internas y ocultas con éste deberá observar la normal diligencia del mandatario. El asociante también tiene la obligación de emplear la aportación del asociado de manera adecuada a la naturaleza y finalidad del negocio. El asociante debe realizar las actividades convenidas en el negocio y hacer todo lo posible para dar impulso a las operaciones de cuyos resultados participa el asociado y obrar en nombre propio, con voluntad individual, pues se confía a su diligencia el éxito del negocio.

Por otra parte, el asociante tiene también la obligación de rendir cuentas al asociado de las operaciones pactadas, obligación que deberá prestar semestralmente, por aplicación supletoria de las normas de la Sociedad en Nombre Colectivo (art. 43 LGSM), salvo que se hubiere pactado otra cosa. Por último, también tiene que hacer partícipe al asociado de las utilidades o pérdidas de la negociación u operación y, en su caso, restituir al asociado los bienes que convinieron y que sirvieron de objeto del negocio.⁷³

⁷³ *Ibidem*, pp. 378 y 379.

III. Derechos del Asociado.

1) Exigir al asociante la realización de la(s) operación(es)

El asociado tiene el derecho de exigir al asociante la realización de las operaciones y si no las realiza, tiene derecho a pedir la rescisión del negocio y, como consecuencia, liquidar el patrimonio motivo de la A. en P. (art. 50, fracc. II y 230 LGSM). Si se ha pactado una pena contra el incumplimiento, podrá exigirse la indemnización convenida o bien el cumplimiento de la obligación.⁷⁴

2) Rendición de cuentas y derecho de control

El asociado tiene derecho a saber y conocer el desarrollo y los resultados de las operaciones realizadas por el asociante. Dicho control, sin embargo, no deriva de la participación del asociado en la titularidad del negocio, ya que ésta pertenece de forma exclusiva al asociante al menos frente a terceros, por lo que respecta al ámbito interno, el control radica en el pacto entre las partes derivado de la aportación del asociado, es decir, está legitimado para detener, una mala administración de los recursos por parte del asociante o que los destine a un fin distinto del convenido.

A decir verdad, lo anteriormente dicho se tiene que pactar en el momento de la celebración del negocio, es decir, que se le autorice de forma expresa al asociado la facultad de control, que pudieran ser: ayudar al asociante, limitar sus actividades, ejercitar control sobre sus balances, sobre la contabilidad, etc.

Ahora nos avocaremos a la rendición de cuentas como derecho del asociado con la correlativa obligación del asociante de efectuarla: tal rendición, salvo pacto en contrario, debe de hacerse semestralmente por aplicación supletoria de las normas de la Sociedad en Nombre Colectivo (art. 43 LGSM).

⁷⁴ *Idem.*

La obligación de concretar la certeza de las cuentas y de suministrar comprobantes de la negociación corresponden precisamente al asociante, porque él es quien ha realizado las operaciones; por lo que el asociante debe de entregar cuenta justificada de los resultados con participación al asociado de las ganancias o pérdidas que le corresponda. Para obtener dicho resultado citaremos a REYES MORA⁷⁵, quien nos dice, *“Para poder determinar las utilidades o pérdidas obtenidas se estará al resultado que arroje la contabilidad y el informe de cuentas que rinda el asociante después de haber practicado un balance y un estado de resultados, que una vez aprobado por el asociado, sirven de base para el reparto.”*

3) Participar en las utilidades

Uno de los signos distintivos de la A. en P., consiste en la peculiaridad de que el asociante, siendo él quien encabeza en nombre propio la negociación o las operaciones comerciales, también quien responde con su propio patrimonio de manera ilimitada ante los terceros, y quien finalmente realiza la mayoría del trabajo desarrollado, tenga que compartir las utilidades con el asociado. Lo anterior obedece a una función económica, ya que por cualquier circunstancia que fuere, el asociante en determinado momento carecía de recursos o no quería perder liquidez teniéndolos, por tanto, recurrió al asociado como socio capitalista o como solicitante de sus servicios profesionales, lógico es pensar que el asociado tiene que salir beneficiado por los bienes o servicios aportados, y a esto reponde su correlativo derecho a exigir utilidades (en caso que existan) y a no responder por pérdidas en un monto mayor a su aportación, caso éste último que no beneficia al asociante.

Por lo tanto, el asociante debe de participar al asociado en las utilidades y en las pérdidas que resulten de la A. en P. en la proporción convenida, y en caso de omisión de acuerdo a lo que dicta la LGSM (art. 16).

⁷⁵ Reyes Mora, Oswaldo, *Contrato Mercantil de Asociación en Participación*, México, Ed. Pac, 1991, p. 18.

4) Restitución de los bienes aportados

Si el asociado aportó únicamente el uso o goce de un bien y no transmitió la propiedad, tiene derecho a que tal bien se le restituya. La restitución obedece a que se aporta el uso de los bienes para los fines convenidos en el negocio, pero una vez concluido éste, deben de reingresar al patrimonio de su propietario.

Ni interna ni externamente el asociante tiene la propiedad del bien aportado, cuando éste bien no se transmitió. Si la simple tradición de los bienes implicara la transmisión de la propiedad, el asociante no tendría la obligación de restituir dichos bienes al asociado, puesto que se hubieran transmitido y los terceros acreedores del asociado podrían ejercitar sus acciones contra el asociante y obtener sus créditos con los bienes aportados por aquel, lo cual no pueden hacer sino, en todo caso, en los bienes muebles e inmuebles no registrables o en aquellos que el asociado haya transmitido debidamente la propiedad. El hecho que el asociado no pueda accionar para obtener la restitución de los bienes o de los derechos aportados hasta en tanto no hayan sido satisfechos los otros acreedores del asociante, responde a la idea de que es copartícipe de las deudas contraídas por el asociante hasta el monto de su aportación; por lo que de permitírsele la restitución de lo aportado, antes que el asociante pague a sus acreedores las deudas contraídas en virtud de la A. en P., implicaría liberarlo de su obligación de participar en las pérdidas derivadas del negocio. Pero concluida dicha liquidación el asociante debe de reintegrar al asociado los bienes que éste hubiera conferido sin transmisión de propiedad.⁷⁶

5) Exigir daños y perjuicios al asociante

Al existir bilateralidad en el presente negocio, se aplica el pacto comisorio, es decir, el art. 1949 del CCF, que nos dice: “La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno

⁷⁶León Tovar, Soyla H., *op cit*, pp. 381 y 382.

de los obligados no cumpliere lo que le incumbe. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y perjuicios en ambos casos...” .

Si el asociante por su culpa, negligencia o mala fe que observara durante el cumplimiento de la A. en P., causare daños a los bienes aportados del asociado y se hubiere pactado su devolución, el asociante tendrá que cubrir daños y perjuicios; de la misma manera, sino desempeña en forma correcta la gestión y dirección de la asociación y ello ocasionare la pérdida económica de la misma o la pérdida de los bienes aportados, también tendrá que responder por daños y perjuicios.

IV. Derechos del Asociante.

1) Obtención de la aportación

Dicha obtención de la aportación consiste en el principal derecho del asociante, y sin el cual, al ser el objeto del negocio, en caso de no aparecer simplemente el mismo no existiría. Por lo tanto, tiene el derecho de exigir al asociado la entrega de la aportación pactada, ya sea un bien o la prestación de un servicio y por el cual, concede 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. Se trata, como hemos visto de un derecho esencial.

2) Participar en las utilidades

Dicha participación en las utilidades y pérdidas constituye un derecho y a la vez una obligación de las partes. El asociante, si bien solicitó los recursos o los servicios al asociado y por aportarlos éste último tiene derecho a la participación en las utilidades, también es lógico que el asociante, quien fue la persona que encabezó la negociación o realizó las operaciones de comercio participe en dichas utilidades respetando la proporción convenida desde un inicio.

3) Recibir una remuneración

La presente pudiera ser considerada una ventaja que la legislación otorga al asociante, (aunque de acuerdo al art. 49 LGSM, dicho beneficio podría extenderse al “socio capitalista”, es decir, al asociado) ya que se podría pactar en la asociación, que además de las utilidades que le correspondan al asociante, también se le pudiera remunerar por el desempeño de su cargo. Lo cual, como la mayoría de las cuestiones inherentes al negocio están supeditadas a la voluntad de las partes.

4) Percibir alimentos

El presente derecho del asociante no proviene directamente de la regulación que la ley hace de la A. en P. sino de la aplicación supletoria que contempla el art. 259 LGSM, es decir, de la aplicación de las reglas específicas de la Sociedad en Nombre Colectivo, que en el art. 49 contempla que, “Los socios industriales deberán de percibir, salvo pacto en contrario, las cantidades que periódicamente necesiten para alimentos...”

Dicho precepto abre una posibilidad interesante para el asociante, ya que si bien en el desarrollo del negocio puede arriesgar, en caso de pérdidas, su propio patrimonio, dicho precepto también le otorga el beneficio de obtener alimentos por ser considerado por la ley como socio industrial, ya que aporta trabajo a la asociación, y en consecuencia los recibirá en el monto y fechas convenidas. Además, dichos alimentos se computarán en los balances anuales a cuenta de utilidades, sin que tengan la obligación de reintegrarlos en caso de que no existan utilidades o las arroje en una cantidad menor.

Otro beneficio que puede obtener el asociante debido a la regulación supletoria del art. 49 LGSM, consiste en el beneficio que le otorga la legislación fiscal, en cuanto a la exención contemplada en el art 109 fracc. XXII de la Ley del Impuesto sobre Renta, ya que en dicha artículo contempla que el impuesto sobre la renta no se pagará por la obtención de ciertos ingresos y precisamente en dicha fracción XXII contempla a los alimentos

como ingreso, que en éste caso obtendría el asociante por desempeñar su cargo, esto último aunado a la posible remuneración y a la indiscutible obtención de utilidades. Por lo cual, el asociante se podría ver ampliamente beneficiado ya que no tendría necesidad de tributar por el primero de dichos ingresos.

V. Propiedad de los bienes aportados

1) Entre las partes

Es importante aclarar, que la LGSM no establece disposición alguna acerca de la propiedad de los bienes entre las partes, por lo que se registrá por el Derecho común, hecha la siguiente aclaración nos avocaremos a la regulación de la A. en P.

Otra de las consecuencias de la falta de patrimonio de la A. en P. consiste en que los bienes pertenecen en propiedad a sus aportadores, ya que no se aportan al patrimonio de ninguna persona moral, como en el caso de las sociedades, siempre y cuando, los otorgantes no hayan establecido convención acerca de lo contrario, es decir, que los otorgantes hayan decidido que los bienes se transmitan en propiedad del patrimonio del asociado al del asociante, o en caso contrario, si no hubo voluntad para transmitir la propiedad, sólo se transmite la posesión, y en su caso, la disponibilidad pero no la propiedad.

El hecho de que dicho título traslativo de dominio entre las partes, sólo constara en documento privado firmado por las partes, cumpliría con la formalidad que establece el art. 254 LGSM, que además, nos dice que no estará sujeta a registro. En el caso de que lo que se transmita sea un bien que de acuerdo al Derecho común requiera de una formalidad y además de publicidad, como sería el caso de los inmuebles, que de acuerdo al art. 2320 CCF si el valor de avalúo del inmueble excede de 365 veces el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal en el momento de la operación, su venta se hará en escritura pública, y por lo tanto, estará sujeta a registro dicha operación. Cabe aclarar que si entre las partes se pacta la transmisión de un

inmueble que cumpla con las características anteriores y dicha transmisión sólo se efectúa en documento privado, la transmisión será totalmente válida, ya que: “En las enajenaciones de cosas ciertas y determinadas, la traslación de la propiedad se verifica entre los contratantes, por mero efecto del contrato...” art. 2014 CCF, y en su caso, sólo adolecería de nulidad relativa dicho negocio, la cual, por supuesto podría ser convalidada posteriormente, por las partes, mediante la formalización de transmisión de propiedad en ejecución de una A. en P. en escritura pública y registrando la misma en el Registro Público de la Propiedad que corresponda.

En caso de que se pacte lo contrario, es decir, que no se transmita la propiedad de los bienes que el asociado destina a la A. en P., el asociante no tendrá la propiedad de los bienes aportados por el asociado y ni siquiera la disposición amplia de los mismos, ya que lo único para lo que se encuentra legitimado es para destinarlos a los fines del negocio o de la operación. Si la actuación del asociante la encuadramos a la definición de propiedad, nos daremos cuenta que en ningún momento es propietario a menos que se le otorgue por un título traslativo de dominio. Dicha definición nos dice: “La propiedad, es el poder jurídico que ejerce una persona de manera directa e inmediata sobre una cosa, en oposición a terceros, que le permite su aprovechamiento total, con las modalidades y restricciones que establece la ley”. Dentro de la fórmula de “aprovechamiento total” se encuentra la disposición del bien, de la cual carece el asociante, ya que sólo puede destinarlos para los fines de la A. en P. con todo y que sea él quien de forma personal dirija la negociación o la operación de comercio.

2) Respecto a terceros

Expresa la LGSM que respecto a terceros los bienes aportados por el asociado pertenecen en propiedad al asociante (art. 257), lo que significa que las aportaciones del asociado se entregan por un título traslativo de dominio (por lo menos frente a terceros) pero también se puede pactar que entre las partes, cada una de ellas conserve la propiedad de dichos bienes y dicha cláusula de reversión donde se pacte que al terminar la A. en P. cada parte

conservar la propiedad de lo que aportó al negocio, sea inscrita en el Registro Público de Comercio del lugar donde el asociante ejerce el comercio

De acuerdo a lo anterior, el asociante no es propietario de los bienes, sino un poseedor que puede tener o no la disposición de los mismos, según los fines de la A. en P. Una vez más nos encontramos esa puerta abierta que otorga la figura del negocio jurídico, ya que la ley le permite a las partes determinar, en este caso, la propiedad de los bienes, ya sea que se transmitan al asociante, o el asociado tenga el derecho de reversión.

El asociante es el poseedor de la cosa o derecho para disfrutarlo y conservarlo y le corresponden el dominio y la disposición a su propietario, es decir, al asociado. Como es el propietario supuestamente podría disponer de esos bienes, pero sólo podrá hacerlo si se convino en el momento de la suscripción del negocio, ya que si dispusiera de ellos de forma arbitraria, la A. en P. se quedaría sin objeto y no tendría ningún sentido la misma, ya que no se podría realizar ningún acto de comercio sin la aportación del asociado.

Todo lo anterior deriva de la interpretación del art. 257 LGSM, en el sentido de que respecto a terceros el asociante es propietario de los bienes muebles no registrables aportados por el asociado, en tanto que los demás bienes registrables (tanto muebles como inmuebles) tiene únicamente la posesión y como poseedor está facultado para disfrutarlos, sin que pueda disponer de ellos, ya que la propiedad y la disposición pertenecen al asociado.⁷⁷

De acuerdo a la interpretación anterior, tenemos un principio general, de acuerdo al art. 257 LGSM, y que consiste en que los bienes aportados, respecto a terceros, pertenecen en propiedad al asociante, pero sin lugar a dudas, principio que presenta una serie de excepciones, que se podría resumir en lo siguiente: Para que el asociante sea considerado propietario de un bien mueble o inmueble registrable, la transmisión de propiedad deberá de cumplir con las formalidades legales de transmisión, sin las cuales, frente a

⁷⁷ *Ibidem*, p. 384.

terceros subsiste como propietario su aportador, y si se cumplieron tales formalidades, los terceros acreedores del asociante pueden hacer efectivos sus créditos sobre dichos bienes.

Ahora se pudieran presentar diversos supuestos de acuerdo a la regla general anterior, dentro de los cuales, se encuentran los siguientes:

1. Que los contratantes no pacten nada al respecto de su aportación. En tal caso se tratará de transmisión de la posesión de bienes muebles o inmuebles registrables, pero no de la transmisión de la propiedad, ni aún frente a terceros, quienes pueden presumir que los bienes muebles e inmuebles no registrables son propiedad del asociante.

2. Que el asociado determine la calidad de su aportación y en éste supuesto se estará a lo pactado entre las partes, y para que el pacto surta efectos respecto a terceros, si en dicho pacto se reserva o transmite la propiedad el mismo deberá inscribirse en el Registro Público de Comercio (de acuerdo al art. 25 CCo, nos señala: “Los actos que conforme a este Código u otras leyes deban de inscribirse en el Registro Público de Comercio deberán constar en... fracc. IV. Los demás documentos que de conformidad con otras leyes así lo prevean.), en cuanto a la inscripción de la A. en P. o de sus cláusulas no existe disposición alguna; por ello se tendrá que admitir que dentro de la anterior disposición se prevé la inscripción de la cláusula del negocio en el que se reserva o transmite la propiedad, para que tenga efectos ante terceros, de no ser así, es decir, en caso que no se inscriba dicha cláusula, estaremos ante lo que dicta el art. 27 del mismo ordenamiento, que nos dice: “La falta de registro de los actos cuya inscripción sea obligatoria, hará que éstos solo produzcan efectos jurídicos entre los que lo celebran, y no podrán producir perjuicio a tercero, el cual si podrá aprovecharse de ellos en lo que le fueren favorables.”

3. Si el asociado aporta bienes cuya transmisión requiere alguna formalidad, en cuyo caso deberán cumplir las partes con ella; así, la transmisión de propiedad de bienes inmuebles y muebles se rige por las disposiciones del

Derecho común. Si tales formalidades se omiten, los terceros no pueden presumir que el asociante tenga la propiedad de las aportaciones, aunque, entre las partes, la traslación de la propiedad se verifica por mero efecto del contrato, por lo que sólo mediante el cumplimiento de las formalidades antes señaladas opera la transmisión frente a terceros y en tanto no se cumplan, sólo se podrá presumir que el propietario sea el titular registral. Por lo tanto, si se omiten las formalidades no puede presumirse que el asociante tenga la propiedad de las aportaciones, sino que en todo caso dicha presunción sólo opera respecto a los bienes muebles, porqué en los demás externamente los terceros sólo pueden presumir que respecto a los bienes cada uno permanece propietario de ellos, ya que no se llevó acabo la publicidad requerida por el Derecho común.

4. Por último, si las partes convienen en que hasta las aportaciones de bienes muebles no se transmitan en propiedad,⁷⁸ sino sólo en posesión, pero no se registra la cláusula relativa; dicha cláusula sólo surtirá efectos contra terceros si se demuestra que éstos tenían o debían tener conocimiento de la misma (art. 257 LGSM).

Que el asociado no intervenga en la administración de la negociación del asociante en la que participa, no lo priva del derecho de propiedad sobre los bienes cuyo uso o disposición aporta, puesto que si no se realizó la transmisión de bienes con las consabidas formalidades o no se aportó su propiedad, los terceros no pueden considerar que la propiedad de ellos corresponda al asociante, aún cuando el asociado no pueda sustraerlos del patrimonio del asociante, ya que se obligó a aportar dichos bienes o algún derecho para participar en la negociación o en la operación, pero si no transmitió la propiedad sigue siendo propietario y los terceros están obligados a saberlo cuando se trata de bienes inmuebles, y los terceros con quien el

⁷⁸ Se devolverán en caso de ser bienes no fungibles, con el desgaste natural que su uso les provoque y en caso de un uso negligente por parte del asociante, el asociado tendrá derecho a indemnización; en caso de bienes fungibles, sólo se tendrá que restituir por otros de la misma especie, calidad y cantidad.

asociante trate están en posibilidad y en la obligación de saber que la propiedad de tal bien no ha pasado a dominio del asociante.⁷⁹

Capítulo V

La Asociación en Participación en relación con terceros

I. Relaciones con terceros

El asociante como titular de la negociación o de las operaciones de comercio que se celebran en virtud de la A. en P. es el único que tiene vínculos con terceros, frente a los cuales responde con todo su patrimonio y precisamente porque el asociante obra en nombre propio es el único que responde frente a terceros, ese obrar en nombre propio entraña que los actos que realiza el asociante, directamente o por medio de representante, deben de cumplirse en su nombre y responsabilidad, lo que también implica que sólo él tiene capacidad procesal, para hacer frente a todos los asuntos a fin de defender los bienes aportados por el asociado, y todos aquellos que surgieren en virtud de la A. en P., por lo cual, los acreedores que resulten de dichos actos podrán dirigirse sólo en su contra y viceversa y responde frente a ellos con todo su patrimonio, que pudieran incluir por supuesto, las aportaciones del asociado.

Por ello, en el ejercicio de sus acciones los terceros pueden perseguir y ejecutar todos los bienes que constituyen el patrimonio del asociante, incluidos los bienes aportados por el asociado, salvo aquellos que no se transmitieron en propiedad al asociante y permanecen en el patrimonio del asociado.

En otras palabras: los acreedores no pueden dirigirse a un patrimonio social que no existe, ni solicitar el concurso mercantil de un ente social que no existe; ni podrán ejecutar contra el patrimonio del asociado, que permanece como sino existiere, (si nunca le transfirió la propiedad al asociante) aun

⁷⁹ *Ibidem*, p. 387.

cuando en las relaciones recíprocas entre asociante y asociado participe éste en las eventuales pérdidas del asociante, en la proporción convenida o en la señalada en la Ley.⁸⁰

1) El asociado y los terceros

Los terceros adquieren derechos y asumen obligaciones exclusivamente frente y con el asociante; no hay relaciones entre aquéllos y el asociado, quien permanece oculto o en su defecto, aun sea conocido por los terceros y realizara operaciones de la A. en P., lo haría con el carácter de representante, es decir, por nombre y cuenta del asociante, de ahí que éste no responda frente a dichos terceros. Sin embargo, lo anterior es la regla general, pero también existen las excepciones, por las cuales los terceros pueden llegar a tener algún tipo de acción en contra del asociado, y que se verán más adelante, como lo son la acción subrogatoria y la pauliana. Otra posibilidad consiste en que el asociado contratara en nombre propio como si fuera único dueño de la negociación o de las operaciones de la A. en P., en ese caso, se obligaría, en los mismos términos que el asociante y respondería de manera directa con su propio patrimonio frente a quienes hubiera contratado, y de la misma forma él podría accionar contra aquéllos terceros.

Pero como se dijo, sólo las anteriores representan auténticas excepciones a la regla general y consiste en que, todo asociado carece de legitimación para responder de las acciones deducidas por los actos del asociante, y de la misma manera la falta de legitimación de los terceros para invocar dichos actos frente al asociado, quien de manera ordinaria sólo responde por el valor de su aportación, y eso, sólo frente al asociante.

A) No configuración de obligación solidaria del asociado

La solidaridad⁸¹ no se presume en la A. en P. Nuestra LGSM en su art. 256, expresa que el asociado obra en nombre propio y no habrá relación jurídica

⁸⁰ *Ibidem*, p. 389.

entre los terceros y el asociado, por lo cual, excluye toda posibilidad de relación entre ellos, lo que en otras palabras indica que implícitamente está excluyendo cualquier responsabilidad de los asociados y terceros y viceversa.

Si bien es cierto, que el art. 259 LGSM, remite a las reglas establecidas para la Sociedad en Nombre Colectivo, hecha la salvedad de que dichas reglas se aplicarán únicamente en cuanto no pugnen con la regulación especial que al efecto la ley destina a la A. en P. Si los arts. 25 y 26 LGSM, establecen la solidaridad de los socios en las obligaciones sociales, es patente que pugnan con las disposiciones propias de nuestra institución, que establece precisamente lo contrario, esto es, la no solidaridad del asociado en las obligaciones contraídas por el asociante.⁸²

B) Acción subrogatoria u oblicua

Antes de analizar la aplicación directa de ésta institución protectora del acreedor, cabe señalar brevemente que la misma se regula en el art. 29 del Código de Procedimientos Civiles vigente que dice: “Ninguna acción puede ejercitarse sino por aquel a quien compete, o por su representante legítimo. No obstante eso, el acreedor puede ejercitar las acciones que competen a su deudor cuando conste el crédito de aquél en título ejecutivo, y excitado éste para deducirlas, descuide o rehúse hacerlo. El tercero demandado puede paralizar la acción pagando al demandante el monto de su crédito. Las acciones derivadas de derechos inherentes a la persona del deudor, nunca se

⁸¹ En la A. en P. respecto a la solidaridad, dentro de su regulación en la LGSM, es omisa al respecto en un primer acercamiento, pero también recordemos que dicha institución tiene un carácter oculto; el asociante obra en nombre propio y se obliga sólo a él, así como los terceros lo conocen sólo a él. Los terceros por lo tanto, han tomado en consideración únicamente los bienes del asociante, y de esa forma no pueden considerarse engañados. No pueden accionar contra ninguna persona moral, ya que no existe. Es indiscutible que si la A. en P. permanece con un carácter oculto, los terceros no puedan contar con la obligación de todos los miembros de la asociación, y por lo tanto, ninguna solidaridad podrá surgir de ella, ya que de lo contrario, sería en contra de derecho y también contrario a la equidad, porque los asociados que han permanecido ocultos, en ningún momento han querido obligarse frente a terceros. La razón de la no configuración de la solidaridad en la A. en P. atiende a un objetivo económico, ya que la amenaza de la solidaridad alejaría a los aportantes de los bienes de capital de comprometerse en una asociación que va a producir riqueza a sus otorgantes, pero no a costa de arriesgar más allá de su aportación.

⁸² Vázquez Del Mercado, Óscar, *Contratos Mercantiles*, 14^a ed., México, Ed. Porrúa, 2006, pp. 568 y 569.

ejercitarán por el acreedor...”. Conforme al precepto citado, se regula un medio más para que el acreedor pueda protegerse de la inactividad del deudor o de su actuación ilícita, cuando descuide ejercitar las acciones que le competen. Generalmente ocurre que los deudores insolventes, comprendiendo que ya no tendría objeto exigir el pago de sus créditos, dado que el importe de los mismos se aplicará para solventar su deuda con los acreedores, pierden todo interés en ejercitar las acciones conducentes, y como consecuencia dejan prescribir las deudas a su favor. De ésta manera el Derecho protege a los acreedores con la acción subrogatoria, a efecto de que puedan excitar a su deudor para que ejercite las acciones conducentes, y si se rehúsa a hacerlo, el acreedor interesado lo sustituirá, para intentar dichas acciones.⁸³

Los acreedores del asociante por operaciones de la A. en P. están en posibilidad de ejercitar ésta acción en contra del asociado y viceversa. El ejercicio de ésta acción por los acreedores del asociante puede operar cumplidos ciertos requisitos: a) que conste en un título ejecutivo; b) que el deudor haya sido compelido para deducir sus deudas y descuide o rehúse hacerlo, y c) que las acciones que ejercite no sean derivadas de derechos inherentes a la persona del deudor. Si se satisfacen tales requisitos, los acreedores del asociante, que en principio sólo tienen acción contra él, pueden hacer valer sus derechos, primero frente al asociante, en virtud de las operaciones que los ligan, y después contra el asociado, a quien pueden exigir que cumpla con el asociante, es decir, pueden exigirle que entregue la aportación que no entregó o que asuma la participación que le corresponde de las pérdidas de la A. en P.⁸⁴

C) Acción pauliana

“Se dice que un deudor –comenta Rojina Villegas- ejecuta un acto de fraude de acreedores, cuando lleva a cabo una enajenación o renuncia a

⁸³ Rojina Villegas, Rafael, *Compendio de Derecho Civil*, 26^a ed., México, Ed. Porrúa, 2006, t. III, p. 447.

⁸⁴ León Tovar, Soyla H., *op cit*, pp. 390 y 391.

derechos, que provoca o aumenta su insolvencia, y que por consiguiente, perjudica al acreedor. En estas condiciones, éste tiene el derecho de pedir la nulidad del acto ejecutado por el deudor, que originó su insolvencia y lo perjudica. Tradicionalmente se conoce ésta acción, con el nombre de pauliana”.⁸⁵

La anterior se convierte en la segunda excepción al principio de que el asociante es el único que responde frente a terceros y que no existen las relaciones jurídicas entre los terceros y el asociado. Pueden impugnar reembolsos, quitas, remisiones y compensaciones otorgadas por el asociante al asociado, cuando de éstos resulte la insolvencia o el incremento de la misma del asociante y siempre que el crédito de aquello fuere anterior a dichos actos (art. 2163 CCF). Lo más común en materia de A. en P. consistiría en que el asociante dispense al asociado de entregar su aportación o de no compartir las pérdidas de la negociación o de las operaciones.

Capítulo VI

Conclusión y liquidación de la Asociación en Participación

I. Conclusión de la Asociación en Participación

La conclusión de la A. en P., como cualquier otro negocio bilateral, puede tener lugar por las causas comunes a éstos, como el vencimiento del término pactado, el acuerdo de voluntades, la disconformidad del negocio con la norma que lo regula o por hechos sobrevenidos con posterioridad a la celebración del mismo que provoque la cesación de efectos. Además la A. en P. de acuerdo al art. 259 LGSM concluye por las causas previstas para la Sociedad en Nombre Colectivo, que generalmente son las causas de conclusión más frecuentes, aunque sin perder de vista que dichas disposiciones sólo actúan en forma supletoria a la voluntad de las partes en cuanto a los términos, proporciones de interés y demás condiciones del

⁸⁵ Rojina Villegas, Rafael, *ob. cit.*, pp. 429 y 430.

negocio, entre ellas la forma de conclusión del mismo. A continuación, enumeraremos las causas más comunes de conclusión de la A. en P. que al tener puntos de contacto con las sociedades en general y al no tener regulación propia al respecto, se regulará entre otras, por el art. 229 LGSM.

1) Expiración del término fijado en el negocio

Este supuesto de expiración del término que la LGSM establece (art. 229, fracc. I) es el más común para la terminación del negocio; la A. en P. concluye por el vencimiento del término establecido por las partes, siempre y cuando no hayan establecido prórroga en el mismo, esto para el caso de la explotación de una negociación mercantil, es decir, que se haya celebrado la A. en P. para que tuviera un carácter permanente y al concluirse el plazo las partes desearan continuar con el mismo. También puede establecerse el supuesto de que la A. en P. sólo se hubiera pactado para la concurrencia de las partes en una operación de comercio, que al ser realizada, el negocio ya no tiene razón de ser, siempre y cuando, las partes no decidan renovarlo para realizar más operaciones de la misma naturaleza o de cualquier otra.

2) Imposibilidad o consumación del objeto

La imposibilidad de seguir realizando el objeto del negocio o su consumación provocan la conclusión de la A. en P. (art. 229, fracc. II LGSM). La consumación por sí misma se explica, es decir, las partes consiguieron realizar su operación de comercio o su negociación mercantil, además se han repartido las ganancias y pérdidas y no es deseo de las partes renovar el negocio. En cuanto a la imposibilidad del objeto, no se refiere al mismo como elemento esencial del acto, sino que dicho objeto imposible resultó posterior al perfeccionamiento del negocio, es decir, un hecho que impide la subsistencia del negocio, porque resultaría incompatible con la ley de la naturaleza o con una norma jurídica que debe de regirlo necesariamente y que constituye un obstáculo insuperable para su realización (art. 1828 CCF).

3) Acuerdo de las partes (Revocación)

La A. en P. puede concluir por el acuerdo de voluntades del asociado y asociante (art. 229, f. III LGSM). Este mutuo disenso puede manifestarse de manera expresa o tácita, es decir, porque las partes otorguen su consentimiento verbalmente, por escrito o por signos inequívocos, o bien de manera tácita, cuando dicha aceptación resulte de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo. Este mutuo acuerdo para que pueda concluir el negocio de forma anticipada puede operar ya sea porque se estableció desde un inicio o bien porque medie la aceptación posterior de las partes al respecto.

4) Conversión en negocio unimembre

Para que la A. en P. pueda funcionar es necesario que existan dos voluntades. Dicho negocio no sólo requiere ese mínimo, sino que también exige que sean sólo dos partes. En éste supuesto cabe repetir lo que mencionamos al respecto de la imposibilidad del objeto, en cuanto a que éste, de la misma manera se configura con posterioridad a la celebración del negocio, es decir, inició de manera correcta con dos individuos, pero con el devenir del tiempo, alguno se retiró o la calidad de asociado y asociante se reunió en la misma persona. A lo anterior le es aplicable el art. 229, f. IV LGSM. En ese orden de ideas si en la A. en P. se redujera el número de partes a una sola, tendrá lugar la conclusión del negocio. Lo mismo sucede si se reúne en una sola persona la calidad de asociante y asociado, ya que no habrá A. en P.

5) Muerte de algunas de las partes

En este supuesto no se aplica lo relativo al art. 229 LGSM, aquí, en cambio, se aplica la supletoriedad de regulación en materia de la A. en P., es decir, ésta forma de conclusión es propia de la Sociedad en Nombre Colectivo, pero por no encontrarse en oposición a la regulación de la A. en P. le es aplicable el art. 230 LGSM, en lo relativo a la conclusión del negocio, por la muerte del

asociante o del asociado, a menos que se haya establecido la continuación del mismo por sus herederos y éstos manifiesten su consentimiento; de lo contrario, dentro del plazo de dos meses, se deberá entregar a los herederos, la cuota correspondiente al asociante o asociado difunto, de acuerdo al último balance aprobado. En cambio, si hubiere varios asociados y uno de ellos falleciera, la A. en P. puede continuar con los otros asociados y con el asociante, en tal supuesto se produciría únicamente la conclusión de la vigencia del negocio por lo que respecta a ese asociado, salvo que sus herederos decidan continuar en el negocio, pero sino existe tal intención, se procederá a la liquidación de esa parte correspondiente para entregarla a sus herederos.

II. Rescisión de la Asociación en Participación

Antes de entrar en materia de la A. en P. cabe recordar, que la rescisión hace ineficaz un negocio que fue válidamente celebrado, por la falta de cumplimiento de la prestación o de la abstención a cargo de cualquiera de los obligados a observarla, dando pie a que la contraparte o incluso sus acreedores puedan accionar en juicio en contra de aquella persona. Lo importante de señalar consiste en que la rescisión se presenta en forma unilateral, es decir, por el incumplimiento de una de las partes a lo pactado en el negocio.

La acción de rescisión corresponde a la parte perjudicada y a sus herederos, e incluso a sus acreedores. A continuación se exponen algunas consideraciones sobre las causas de rescisión de la A. en P. conforme al art. 50 LGSM, correspondientes a la forma de rescindir el contrato social en la Sociedad de Nombre Colectivo, pero aplicables supletoriamente a la A. en P. (art. 259).

1. La primera fracción del art 50 LGSM, es inaplicable a la A. en P. ya que menciona que será causa de rescisión en caso de que algún socio utilice la firma o el capital social para negocios propios, lo cual es

improcedente en nuestra institución, ya que, como sabemos, carece de personalidad jurídica propia y por lo tanto, también de patrimonio.

2. Por infracción a las cláusulas del negocio. Ésta si es aplicable en materia de A. en P., ya que cualquiera de las partes que viole alguna de las cláusulas, tendrá como consecuencia la rescisión del negocio. La parte perjudicada tiene derecho a pedir la rescisión, ya que la contraparte decidió incumplir sus obligaciones de forma unilateral cuando se había comprometido a respetar el negocio, cuando el mismo se había transformado en ley para las partes, como una de las características del negocio jurídico. De acuerdo al pacto comisorio (art. 1949 CCF), la parte afectada podrá solicitar el cumplimiento forzoso o la rescisión del negocio.
3. Por infracciones a las disposiciones legales que rijan el contrato social. En forma genérica señala que será causa de rescisión de la A. en P., las infracciones cometidas por ambas partes o por una de ellas en contra de las disposiciones que regulan a la A. en P. Por ejemplo, que el asociante creara un patrimonio por separado o estableciera una razón o denominación social para la A. en P.
4. Por comisión de actos fraudulentos o dolosos contra la compañía. También de forma unilateral alguno de los otorgantes, realiza algún acto fraudulento o doloso en contra de la operación de comercio o de la negociación mercantil y por supuesto en perjuicio de la contraparte. Por ejemplo, que al asociante antes de repartir utilidades al asociado pague deudas personales con recursos surgidos de la A. en P., o bien, que antes de entregar utilidades al asociado, haga una quita o remisión a alguno de los deudores por operaciones de la A. en P., en perjuicio del asociado.

III. Liquidación de operaciones de la Asociación en Participación

A diferencia de la liquidación de las sociedades, la extinción de la A. en P. no da lugar a una liquidación propiamente dicha, ya que ésta supondría la existencia de un patrimonio por repartir, del cual carece la A. en P., en cambio en nuestra institución de lo que se trata es de liquidar las operaciones, que se

concreta con una rendición de cuentas del asociante al asociado, a fin de determinar los derechos y las obligaciones de cada uno de ellos y, en su caso, el pago de utilidades. Este procedimiento debe de atenerse a lo pactado por las partes, y en caso de omisión, a las reglas previstas al efecto para la Sociedad en Nombre Colectivo, pero por no tratarse de una sociedad será de una forma más sencilla. Como dijimos no se trata de una liquidación, en el sentido de realizar operaciones jurídicas con terceros, sino de un arreglo de cuentas limitado a la relación interna entre asociante y asociado, cuya consecuencia será la liberación en lo futuro de toda obligación contractual entre ellos. Concluida y hecho líquido el patrimonio destinado al negocio de la A. en P., el asociante no puede emprender nuevas operaciones con relación al negocio, pero se encuentra obligado a concluir aquellas en curso.

Para la liquidación de operaciones de la A. en P. no será necesario el nombramiento de un liquidador, porque no hay un patrimonio que repartir, ya que solamente se trata de un ajuste de cuentas, que puede hacerse sin intervención de aquél. Sin embargo, si el asociante y el asociado nombran a un liquidador, éste sólo sería un mandatario de ambos y sus poderes serían los mismos que la ley reconoce para los liquidadores de las sociedades u otra opción sería que se contratara a petición de alguna de las partes, como la prestación de un servicio profesional, a cargo de la persona que solicitó sus servicios.

En síntesis, se puede decir que las acciones para liquidar operaciones de una A. en P. se producen en tres fases: a) Se determinan las operaciones ya iniciadas y se concluyen las mismas. Determinación de los elementos de activo y pasivo de las operaciones o de la negociación y realización del pago a los acreedores por dichas operaciones y recuperación , si fuere el caso, de los bienes de la negociación que se encuentran en poder de esos acreedores. b) Una vez cubierto el pago de los acreedores, y si las hubiere, se hará la partición de las utilidades y de las pérdidas en la medida en que tales participaciones no se hubieran hecho anteriormente, todo ello conforme a lo pactado por las partes, que en caso de omisión, estaremos a lo dispuesto por el art. 246 LGSM, y c) Si se pactó el derecho de reversión de las aportaciones

se llevará a cabo el mismo, en tanto no hayan sido transmitidas en propiedad, pues de ser el caso, se procederá a su división y distribución entre ambos contratantes (art. 246 LGSM).⁸⁶

⁸⁶ León Tovar, Soyla H., *op cit*, pp. 399 y ss .

TÍTULO TERCERO

“ÁMBITO FISCAL DE LA ASOCIACIÓN EN PARTICIPACIÓN”

Capítulo I

Importancia del estudio fiscal

I. Concepto fiscal de la Asociación en Participación

Ya se estudió lo relativo al ámbito mercantil de la A. en P., en donde nos pudimos percatar que dentro de sus características principales se encuentra la ausencia de personalidad de la misma, es decir, los otorgantes nunca tienen la intención de formar una persona jurídica con personalidad jurídica distinta de la propia, pues solamente desean reunirse para realizar una o varias operaciones de comercio o establecer una negociación mercantil no meramente transitoria, pero que no cumpla con toda la serie de obligaciones inherentes a la creación de una persona moral. Ahora bien, la presente tercera parte de este trabajo tiene por objetivo analizar el tratamiento fiscal actual de la A. en P. y comentar los problemas que ocasiona el darle una personalidad fiscal que no tiene jurídicamente, así como comparar este tratamiento actual con los que ha tenido ésta institución en el pasado para determinar sus diferencias.

Por el contrato de sociedad, los socios se obligan mutuamente a combinar sus recursos o esfuerzos para la realización de un fin común, es decir, se reúnen con el objeto de obtener beneficios y repartírselos entre sí, hasta aquí, podemos decir que las sociedades en general y la A. en P. tienen caracteres y finalidades idénticas, pero la diferencia estriba en que lo fundamental para la existencia de una sociedad consiste en la intención de las partes por constituir la y para colaborar en un fin en común. En la A. en P. en cambio, no existe la intención de las partes de constituir una sociedad con personalidad jurídica propia, sino de establecer una mera relación de colaboración que hace nacer una comunidad de intereses o la transmisión de bienes entre las

partes a efecto de hacerlos entrar en el tráfico comercial para su mejor aprovechamiento y que produzcan ganancias recíprocas.

Los anteriores títulos del presente trabajo han servido como un preámbulo de lo que pensamos respecto a las múltiples diferencias jurídicas, prácticas y económicas que existen entre las diversas sociedades y la A. en P., y como responden de forma diferente a los diversos planteamientos de índole económico-social, de acuerdo a sus diferencias específicas. Pero hoy en día, tenemos un problema grave al respecto, ya que en su aspecto fiscal la A. en P. ha sido objeto de la redefinición “para efectos fiscales” y el legislador ha cambiado con sus reformas y adiciones de leyes fiscales la función económica-social que ha tenido nuestra institución a lo largo de los siglos, ya que como vimos, la A. en P. es tan antigua como el Derecho mismo, pero a la vez, es tan actual como el día de hoy; pero con éste problema que enfrentamos actualmente y sobre el cual, creemos adecuado realizar un breve repaso acerca del ámbito fiscal de la A. en P. para entender su problemática actual y cuales fueron los razonamientos del legislador para otorgarle una personalidad jurídica de la que a todas luces siempre ha carecido y la cual resulta ilógica e innecesaria.

Cada vez que a lo largo de éste trabajo nos expresemos por la “reforma”, nos estaremos refiriendo a dos situaciones que se encuentran en un mismo sentido, pero que se encuentran reguladas en dos leyes distintas, a saber: La Ley del Impuesto Sobre la Renta que entró en vigor el 1º de Enero de 2002 (en adelante LISR) que en su art. 8 dispone que cuando en esa ley se haga referencia a persona moral, se entenderán comprendidas entre otras, la A. en P. cuando a través de ella se realicen actividades empresariales en México. La segunda ley de referencia será el Código Fiscal de la Federación (en adelante CFF) que incorporó una nueva disposición que entró en vigor a partir del 1º de Enero de 2004, la cual está contenida en su art. 17-B, en la que también se le da personalidad jurídica a la A. en P. para efectos del Derecho Fiscal.

Ahora bien, el objetivo del presente capítulo es el apuntar el concepto fiscal de la A. en P., el cual se encuentra vertido en el art. 17-B del CFF, que dice:

Art. 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...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 los efectos fiscales, y en los medios de defensa que se interpongan en contra de las consecuencias fiscales derivadas de las actividades empresariales realizadas a través de la asociación en participación, el asociante representará a dicha asociación...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...”.

Dentro de la disposición anterior “para efectos fiscales” encontramos que: a) La A. en P. es un conjunto de personas que realizan actividades empresariales con motivo de la celebración de un convenio y que participan de las utilidades y pérdidas derivadas de dicha actividad; b) Dicho convenio da lugar al surgimiento de una persona moral con personalidad jurídica distinta de la de sus otorgantes, y por lo tanto, con las mismas obligaciones que las leyes fiscales contemplan para las personas morales; c) Como toda persona moral deberá de ser identificada con una denominación o razón social, seguida de la leyenda A. en P., o en su defecto, con el nombre del asociante seguido de dicha leyenda; d) El asociante, por disposición legal se convierte en el representante fiscal de la A. en P.

Pero ahora, nos surge la duda del porqué el legislador le ha dado éste tratamiento fiscal a la A. en P. rompiendo con toda lógica y congruencia jurídica, al deformar a dicha institución hasta el grado de dejarla irreconocible. Creemos que es por el afán recaudatorio del fisco, tratando de obtener contribuciones de donde antes no podía obtenerlas, debido a las severas deficiencias de recaudación que en otros sectores presenta, pero que al final de cuentas lo único que hace, como veremos, es la inutilización de instituciones de alto valor práctico como lo es la A. en P.

II. El gasto público como teoría que fundamenta la percepción tributaria en nuestra legislación

En nuestro país la Constitución Política ha señalado como fundamento para la percepción tributaria, la necesidad de sufragar los gastos públicos; así se desprende del contenido del art. 31 fracc. IV, que señala la obligación de contribuir a los gastos públicos, así de la Federación, como del Distrito Federal o del Estado y Municipio en que se resida. Sin embargo, la Constitución no hace referencia de lo que se debe de entender por gasto público, por lo cual, la doctrina ha dado diversas explicaciones al respecto.

De acuerdo a RODRÍGUEZ LOBATO⁸⁷, quien siguiendo a Margáin al respecto, nos dice, que las características que debe de reunir el gasto público son las siguientes:

- a) Que la erogación sea hecha a través de la administración activa. De acuerdo a los arts. 31 fracc. IV; 73 fracc. VII y 74 fracc. IV, sólo existe la obligación de contribuir a los gastos públicos de la Federación, Estado y Municipio, es decir, el Estado entendido como organización política soberana, que está integrado únicamente con las entidades que forman la Administración Pública Centralizada.
- b) Que la erogación se destine a la satisfacción de las funciones de los entes que constituyen la administración centralizada.

⁸⁷ Rodríguez Lobato, Raúl, *Derecho Fiscal*, 2ª ed., México, Ed. Oxford University Press, 1998, pp 102 y ss.

- c) Que la erogación esté prevista en el Presupuesto de Egresos. No basta que el gasto se realice a través de la administración centralizada y que el mismo tienda a satisfacer una función a ella atribuida, para que se considere gasto público, sino que es indispensable, además, que el renglón respectivo se encuentre contemplado en el Presupuesto de Egresos.
- d) Que la erogación se haga con cargo a la partida destinada al renglón respectivo. El sistema rígido por el cual se maneja nuestro presupuesto no permite pago alguno en exceso de lo que esté comprendido en él o determinado por ley posterior.

De acuerdo con las características antes señaladas, Margáin elabora la siguiente definición: *“Por gasto público se entiende toda erogación hecha por el Estado a través de su administración activa, destinada a satisfacer las funciones de sus entidades, en los términos previstos en el Presupuesto.”*. Ésta es la justificación que nuestro ordenamiento legal ha encontrado históricamente para justificar la percepción de contribuciones por parte del Estado, para destinarlo al gasto público. Pero, ¿Qué sucede si las contribuciones señaladas en la ley, ya no son suficientes para sufragar a una creciente administración pública centralizada? Y además, ¿Qué ocurre con las contribuciones existentes, en un país donde la evasión fiscal alcanza niveles alarmantes de carencia de pago? ; creemos que en respuesta a estas interrogantes, el legislador ha creado, reformado y adicionado, las diversas leyes fiscales a efecto de aumentar la base de contribuyentes a través de gravar actividades, ingresos, e incluso con la creación de nuevos impuestos o aumentando la tasa o tarifa de los mismos, en lugar de crear leyes que permitan efficientar la forma de recaudación de impuestos, y sobretodo, exigir el pago de contribuciones una vez producida la riqueza y no antes de que la misma se pueda crear.

Dentro de éstas nuevas formas de aumentar la base de contribuyentes, la A. en P. fue elegida por el legislador como una opción para gravar las ganancias obtenidas por las partes de acuerdo al resultado de las operaciones de comercio o de la negociación mercantil, con preferencia a la repartición que se

hará entre asociante y asociado. Lo anterior lo realizó mediante el otorgamiento de personalidad jurídica a la A. en P., para que de esa forma, la asociación tribute como persona moral, con la consiguiente carga de obligaciones inherentes a ese régimen, y no sólo eso, sino también el asociado y el asociante, tendrán que pagar sus contribuciones como personas físicas, en muchos casos, por el mismo ingreso, es decir, tributan doble. Todo gracias a esa mala costumbre del legislador de redefinir “para efectos fiscales” un sinnúmero de instituciones ya reguladas en el derecho común, pero que son cambiadas en cuanto a su naturaleza jurídica por una disposición legal, carente de toda lógica y estudio jurídico. En cuanto a éste problema nos referimos a continuación.

III. El problema de la redefinición para efectos fiscales

Éste problema no atañe de forma exclusiva al Derecho Fiscal, sino a todo el Derecho como disciplina integral y reguladora de la conducta externa del hombre en sociedad, ya que, como sabemos, el Derecho es único e indivisible, y si bien, de forma didáctica para su enseñanza se divide en diversas disciplinas, dicha división obedece, como se dijo, a objetivos meramente didácticos para el aprendizaje del derecho como disciplina.

Actualmente tal división ha llegado a permear de forma importante en el mundo jurídico, (especialmente en nuestro ámbito nacional) donde se han realizado libros, conferencias, congresos, mesas redondas, etc., solamente para tratar de demostrar la independencia y autonomía de tal o cual disciplina jurídica y demostrando que tal escisión es perfectamente válida, lo anterior, como dijimos, es perfectamente aceptable en cuanto a un método de enseñanza, es decir, subdividir un todo complejo en secciones con diferencias específicas entre cada una de ellas, a fin de facilitar su comprensión.

El verdadero problema radica en la práctica cotidiana del derecho, donde tal división en disciplinas “autónomas”, lo único que ha creado es una verdadera desvinculación lógico-jurídica de las diversas instituciones jurídicas y su diversa regulación en tal o cual disciplina según sea el caso. Ya que nos

encontramos, que para una disciplina, una institución tiene una naturaleza jurídica, una regulación especial con reglas generales y excepciones a la misma, elementos personales, reales, etc., pero para otra disciplina, nos encontramos que tiene una regulación totalmente distinta, en cualquiera de los aspectos antes mencionados, pero que una misma institución sea regulada de dos formas distintas, además de parecer ilógico e innecesario, solamente tuviera los adjetivos anteriores, no pasaría a mayores si dicha multiplicidad de regulaciones ayudara a un mejor desempeño y utilidad de esa institución, pero al contrario, resulta (al menos en la mayoría de los casos y la A. en P., no es la excepción, como se verá) como un factor negativo en el desarrollo adecuado de la institución que se trate, ya que se presta a confusiones, malos entendidos, falta de observancia, encarecimiento de costos, incremento de la carga tributaria y un sinnúmero de complicaciones prácticas que trae aparejado esa situación anómala. Con todo lo anterior nos estamos refiriendo a la “redefinición”, y específicamente a la redefinición en materia fiscal, que es donde más a menudo la podemos encontrar con todas las consecuencias negativas que la misma implica. En concordancia con lo anterior, nos dice MARGÁIN⁸⁸ que:

“...la importancia de este tema (la redefinición) radica esencialmente en que debe de tenerse especial cuidado al pretender aplicar principios, conceptos y términos del Derecho Común en el Derecho Tributario. Esta materia está estableciendo, poco a poco, su propia terminología y trasplantando con el alcance que ella misma le da, principios y conceptos de otras ramas del Derecho. La materia tributaria...exige estudios constantes y criterio de jurista, para precisar si es el Derecho Tributario o al Común, aplicado supletoriamente, al que le compete la solución de un problema específico. Por ello se aprecia a diario que el contribuyente pierde a veces la oportunidad de la defensa, no obstante asistirle la razón, por haberse hecho mal uso de un término, de un concepto o de un

⁸⁸ Margáin Manautou, Emilio, *Introducción al Estudio del Derecho Tributario Mexicano*, 17ª ed., México, Ed. Porrúa, 2004, p. 10.

principio que dentro del Derecho Privado tiene un alcance que no posee en el Derecho Tributario o Fiscal.”

El derecho fiscal siempre ha tratado de estar a la vanguardia en cuanto a la regulación de diversas instituciones jurídicas, con el único objetivo de evitar la elusión fiscal, es decir, que los contribuyentes paguen menos o dejen de pagar contribuciones mediante el empleo lícito de diversas instituciones, que generalmente encuentran su nacimiento y regulación en otra disciplina jurídica independiente, es decir, lo que se conoce comúnmente como “estrategia fiscal”, pero precisamente con ese afán de evitar la elusión, el legislador ha dotado de redefiniciones a la legislación fiscal, para que aún con el conocimiento de que está desnaturalizando a la institución en cuestión, deje de servir con el propósito de ser utilizada como un vehículo de elusión fiscal por parte del contribuyente.

La A. en P. durante algún tiempo fue utilizada para realizar elusión fiscal, es decir, se pudieron constatar muchas de las ventajas que tenía, en cuanto al aspecto económico y carga tributaria sobre las sociedades mercantiles, por lo que el legislador decidió que terminaría con esto, mediante una redefinición de la A. en P., en materia fiscal, sin importar que fuera una regulación totalmente opuesta con la que cuenta en materia mercantil. De allí surge la “reforma”, que como hemos visto anteriormente, el art 17-B del CFF contiene lo que para efectos fiscales se entenderá por A. en P. Más adelante en el título cuarto del presente trabajo, analizaremos las consecuencias que dicha redefinición tuvo en materia de A. en P.

Capítulo II

Tratamiento fiscal actual de la Asociación en Participación

I. Código Fiscal de la Federación

Habiendo precisado el concepto fiscal de la A. en P. y dando un breve panorama de la situación que implica la redefinición en manera general. Ahora

nos avocaremos a comentar el tratamiento fiscal actual que las diversas leyes fiscales le otorgan a la A. en P., comenzando por el CFF.

La A. en P. (en adelante, hablaremos como si se tratara de persona moral, por ser referida así por las leyes fiscales) tiene la obligación de inscribirse en el Registro Federal de Contribuyentes (en adelante, RFC) por los impuestos que causa como persona moral conforme a las leyes fiscales respectivas. Como ya se comentó, la A. en P. debe de identificarse como cualquier persona moral, con una denominación o razón social, seguida de la leyenda de A. en P., o en su defecto, con el nombre del asociante, seguido de la leyenda antes citada, y tiene como domicilio en territorio mexicano el del asociante, por lo que debe de inscribirse en dicho Registro con esos datos.

Aún cuando la A. en P. ya tiene personalidad jurídica a partir del 1º de Enero de 2004 en el CFF, continúa en éste mismo ordenamiento una disposición contenida en la fracción XVII de su art. 26 que hace responsables solidarios a los asociados con respecto a las contribuciones que se hubieren causado por el asociante mediante la A. en P., cuando tenían tal calidad, en la parte del interés fiscal que no alcance a ser garantizado por los bienes de la misma, cuando la A. en P. incurra en ciertos supuestos, sin que la responsabilidad exceda de la aportación hecha a la A. en P. durante el período o la fecha que se trate.

Los supuestos a que se refiere el párrafo anterior son los siguientes: a) Que no solicite el asociante la inscripción en el RFC de la A. en P.; b) Que se cambie el domicilio fiscal de la A. en P. sin presentar el aviso de cambio respectivo; y, c) Que no se lleve contabilidad, se oculte o se destruya. De lo anterior, podemos concluir que al asociado le pudiera surgir una nueva obligación, que no fue contemplada dentro de las obligaciones genéricas que tienen los asociados por la regulación de la LGSM, pero de acuerdo al CFF pueden ser obligados solidarios respecto de las contribuciones que se hubieren causado por la A. en P. como persona moral y que no hayan sido solventadas por el asociante, siempre y cuando, se hayan cometido algunas de las irregularidades antes señaladas, ya que sino se realizaron las

omisiones anteriores, el asociado, a pesar de que existan diferencias de las contribuciones causadas por la A. en P. y que no alcancen a ser garantizadas por los bienes⁸⁹ de la misma no será obligado solidario.

II. Ley del Impuesto Sobre la Renta

Como vimos el art. 8 de la LISR dispone que cuando en ella se haga mención de personas morales, “se entienden” comprendidas, entre otras, a la A. en P. cuando a través de ella se realicen actividades empresariales en México. Por actividad empresarial para efectos fiscales se entiende, *“las actividades económicas que la legislación fiscal considera empresariales para efectos de la determinación de la obligación tributaria a cargo de quienes la ejercen”*⁹⁰ De acuerdo al art. 16 del CFF dichas actividades empresariales serán: las comerciales, industriales, agrícolas, ganaderas, pesqueras y silvícolas.

Según la disposición comentada, es decir, el art. 8 de la LISR, la A. en P. al ser considerada como persona moral, para efectos de dicho impuesto, le son aplicables todas las disposiciones contenidas en el Título II de dicha ley.

La LISR – dice Trueba Fano- en su art. 10 dispone que las personas morales deben de calcular el Impuesto Sobre la Renta, aplicando al resultado fiscal del ejercicio la tasa del 28% (2009) y establece la forma en la cual deben determinar dicho resultado.

El resultado fiscal del ejercicio de las personas morales se determina obteniendo primero su utilidad o pérdida fiscal del ejercicio, la cual se calcula

⁸⁹ De acuerdo al art. 26 fracc. XVII del CFF, el asociado será responsable solidario de las contribuciones no solventadas por el asociante en la parte del interés fiscal que no alcance a ser garantizada por los bienes de la misma. Como podemos observar esos bienes que responderían para garantizar el interés fiscal, también fueron aportados por el asociado, de modo que, si la A. en P., a través del asociante, incumple con el pago de contribuciones, incluso sin omitir cualquiera de los supuestos de la fracción III del art. 26 del CFF, indirectamente sigue siendo obligado solidario, si bien no él directamente, pero sí sus bienes, en caso de que haya decidido conservar la propiedad. Pero una vez más, al asociado y asociante se les imponen obligaciones adicionales que hacen que se pierda el interés por celebrar una A. en P.

⁹⁰ Voz *“actividades empresariales para efectos fiscales”* tomada de la Enciclopedia Jurídica Mexicana, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, t. I, A-B, p. 111.

disminuyendo de la totalidad de sus ingresos acumulables, las deducciones permitidas por la LISR, y en caso de tener utilidad fiscal, disminuyendo de ellas sus pérdidas fiscales de ejercicios anteriores pendientes de deducir, en caso de tenerlas.

En el art. 11 LISR nos dice que las personas morales que distribuyan dividendos o utilidades (caso de la A. en P.) deben de calcular y enterar el Impuesto Sobre la Renta, aplicando la tasa del 28% a la cantidad que resulte de multiplicar el monto de los dividendos o utilidades distribuidas por el factor 1.3889 (2009), salvo que dichos dividendos o utilidades distribuidas provengan de utilidades fiscales por las cuales ya se hubiese pagado el Impuesto Sobre la Renta.

En los reembolsos de capital efectuados por las personas morales a sus socios o accionistas se consideran distribuidas primero las utilidades contables y posteriormente las aportaciones de capital que integren su capital contable al momento de acordarse el reembolso para efectos de determinar el Impuesto Sobre la Renta correspondiente a dichas utilidades distribuidas. Es decir, cada socio o accionistas tiene la obligación de enterar el impuesto a su cargo derivado de sus utilidades o dividendos, como persona física.

Para determinar el impuesto causado por las utilidades distribuidas a sus socios o accionistas en el pago de dividendos o de reembolsos de capital, las personas morales deben llevar una cuenta de utilidad fiscal neta (CUFIN) en la que registren sus utilidades que ya causaron el impuesto y una cuenta de capital de aportación (CUCA) en la que registren las aportaciones de capital efectuadas por sus socios o accionistas, conforme a los arts. 88 y 89 LISR.

De lo anterior resulta que las personas morales que realicen actividades empresariales en México (la A. en P.) causan el Impuesto Sobre la Renta por su resultado fiscal y por la distribución de utilidades a sus socios o accionistas cuando las utilidades distribuidas no provienen del saldo de su CUFIN, es decir, aquellas utilidades que ya causaron el impuesto, y consecuentemente no se ha pagado aún el impuesto por ellas.

Al quedar comprendida dentro de las personas morales, la A. en P. causa el Impuesto Sobre la Renta por su utilidad fiscal del ejercicio y por la distribución de utilidades a sus integrantes que no provengan del saldo de su CUFIN. Además las A. en P. deben determinar su utilidad o pérdida fiscal en cada ejercicio (con la consiguiente carga de trabajo o de honorarios que dicha tarea les cauce a los otorgantes) de igual forma que lo hace cualquier persona moral. Asimismo, las A. en P. deben de llevar las cuentas de CUFIN y CUCA, para identificar la procedencia de las cantidades entregadas a sus integrantes por concepto de reembolso de capital o distribución de utilidades y determinar el Impuesto Sobre la Renta causado por ellas.⁹¹

El darle a la A. en P. el tratamiento fiscal establecido en la LISR para las personas morales descrito anteriormente sin tomar en cuenta las características especiales de la asociación que la hacen distinta de dichas personas morales, originan muchos problemas a sus integrantes, los cuales se analizarán más adelante en éste Título y en el último de éste trabajo.

III. Ley del Impuesto al Valor Agregado

Hasta el 31 de Diciembre de 2003, el contribuyente del impuesto al valor agregado por las actividades realizadas en una A. en P., era el asociante, salvo que el asociado hubiese conservado la propiedad de los bienes aportados al asociante y una vez concluida las operaciones o la negociación mercantil, dispusiera de esos bienes, en cuyo caso era el asociado quien causaba ese impuesto por la enajenación u otorgar el uso temporal de ellos a terceros, puesto que la A. en P. carecía de personalidad jurídica.

Al entrar en vigor el 1º de Enero de 2004, la disposición contenida en el art. 17-B del CFF, la A. en P. quedó comprendida dentro de las personas morales que están obligadas al pago del impuesto al valor agregado y

⁹¹ Trueba Fano, José Manuel, *Tratamiento Fiscal de la Asociación en Participación*, México, Themis-Academia de Estudios Fiscales de la Contaduría Pública, 2004, Colección Estudios Fiscales Académicos, pp. 7 y 8.

consecuentemente, se convirtió como tal en contribuyente de éste impuesto a la A. en P. a partir de esa fecha por las actividades realizadas por ella.⁹²

IV. Ley del Impuesto Empresarial a Tasa Única

El presente impuesto, entró en vigor el 1º de Enero de 2008, como un impuesto complementario y acreditable del Impuesto Sobre la Renta, y que de acuerdo a su art. 1º “Están obligadas al pago del impuesto empresarial a tasa única, las personas físicas y morales residentes en territorio nacional..., por los ingresos que obtengan, independientemente del lugar donde se generen, por la realización de las siguientes actividades: I. Enajenación de Bienes; II. Prestación de servicios independientes; y, III. Otorgamiento del uso o goce temporal de bienes. El impuesto empresarial a tasa única se calcula aplicando la tasa del 17.5% (2009) a la cantidad que resulte de disminuir de la totalidad de los ingresos percibidos por las actividades a que se refiere éste artículo, las deducciones autorizadas en ésta ley.”

De la lectura anterior, podemos decir que el citado impuesto se determinará y pagará de la siguiente manera: De los ingresos percibidos en el ejercicio, se harán las deducciones autorizadas por la ley en el ejercicio y las deducciones adicionales de inversiones, lo cual, será igual a la base del ejercicio, que por la tasa del 17.5% nos da por resultado el impuesto empresarial a tasa única del ejercicio.

De acuerdo a lo anterior, la A. en P. al ser considerada en materia fiscal, como persona moral, también se le añade ésta nueva carga tributaria a la cual tendrá que hacer frente, cuando los elementos personales del citado negocio, en ningún momento quisieron constituir una persona moral, por lo que cada vez resulta más apremiante la preocupación de solventar la carga tributaria, la cual tiene preferencia sobre la repartición de dividendos o utilidades entre el asociado y el asociante, que aunado a las dificultades que pudieran resultar en el tráfico comercial, cada vez, se dificulta más el emprender nuevas

⁹² *Ibidem*, p. 10.

actividades productivas, y que lamentablemente, en gran parte ocasiona el acabar con la cultura emprendedora de las personas en nuestro país. Tal pareciera que las modificaciones a la legislación en nuestro país, en lugar de fomentar dichas actividades productivas, parece que las reprime de forma que ya no sean utilizadas para evitar la elusión fiscal y sin preveer las consecuencias económicas que dicha normatividad pueda traer aparejada.

Capítulo III

Tratamientos Fiscales anteriores de la Asociación en Participación

I. Unidad económica sin personalidad jurídica

El CFF que entró en vigor a partir del 1º de Abril de 1967, consideraba como sujetos pasivos de créditos fiscales a las agrupaciones que constituían unidades económicas diversas de las de sus miembros y las asimilaba a personas morales para efecto de la aplicación de las leyes fiscales.

Por su parte, la LISR que estuvo en vigor desde el 1º de Enero de 1965 y hasta 1980, en su art. 3 establecía que eran sujetos del impuesto las unidades económicas sin personalidad jurídica, sólo en los casos que la propia ley previniese que se gravase en conjunto el ingreso de dichas unidades. Esa misma ley establecía en su art. 17 que eran sujetos del impuesto al ingreso global de las empresas, las unidades económicas sin personalidad jurídica y en la fracción II de su art. 19, disponía que dichas unidades económicas debían acumular los ingresos que tenían relación con la actividad de la empresa y los que provenían de bienes afectados, total o parcialmente, a dicha actividad.

En el caso específico de la A. en P., la unidad económica integrada por ella, se consideraba meramente como un instrumento de operación y se obligaba a sus integrantes a pagar los impuestos en forma mancomunada, es decir, el crédito fiscal se dividía a prorrata entre las partes para el pago de una sola obligación. En el Impuesto Sobre la Renta se calculaba sobre el ingreso global

gravable correspondiente a cada uno de sus integrantes. Las unidades económicas sin personalidad jurídica, fueron eliminadas, como sujetos del impuesto a partir del 1º de Enero de 1981, tanto en el CFF como en la nueva LISR, que entró en vigor en esa fecha, porque originaban muchos problemas al no tener personalidad jurídica en nuestro propio derecho. Por lo tanto se decidió prescindir de las unidades económicas sin personalidad jurídica por las siguientes causas:

- a) No era conveniente crear un ente con personalidad jurídica restringida al campo del Derecho Fiscal, pues entraría en conflicto con las demás disposiciones que regularan a dicha institución.
- b) La unidad económica no ha sido definida como tal en nuestro derecho y no parece conveniente hacerlo ante las múltiples formas de integración económica de diversos individuos o empresas.
- c) Porque la utilidad para efectos tributarios de la unidad económica, en aquél sistema fiscal, era muy relativa, circunscribiéndose al campo de los impuestos progresivos, particularmente el Impuesto Sobre la Renta. En este sector, para lograr que se consoliden los resultados de diversas personas, basta establecerlo así, sin tener que acudir a la ficción de crear entes jurídicos con personalidad restringida.⁹³

II. Transparencia fiscal

El 1º de Enero de 1981 entró en vigor una nueva Ley del Impuesto Sobre la Renta, en la cual, se le daba transparencia fiscal a la A. en P., considerando que los contribuyentes del impuesto eran el asociado y el asociante en la proporción en la que participaban en las utilidades y pérdidas de la asociación y no ella, ni como unidad económica sin personalidad jurídica, ni mucho menos como persona moral.

En su art. 8, disponía que cuando dos o más contribuyentes celebrasen un contrato de A. en P., el asociante era quien debía cumplir, por sí y por cuenta

⁹³ *Ibidem*, pp. 11 y 12.

de los asociados, las obligaciones señaladas en esa misma ley, incluso la de efectuar pagos provisionales. Asimismo, el propio artículo disponía que el asociante y el asociado debían acumular cada uno a sus demás ingresos del ejercicio, la participación en las utilidades que les correspondía en términos del contrato, o en su caso, podían deducir su participación en las pérdidas y tenían que pagar individualmente el impuesto que resultase de ello.

Con la disposición anterior, la A. en P. dejó de ser contribuyente del Impuesto Sobre la Renta y pasaron a serlo el asociado y asociante por la utilidad o pérdida fiscal del ejercicio derivada de la actividad empresarial realizada en la asociación, en la proporción en la que participaba cada uno de ellos.

Para el asociante y el asociado era acumulable o deducible en lo individual el monto de la utilidad o pérdida fiscal de la asociación, respectivamente, correspondiente a cada uno de ellos, y era acreditable el monto respectivo de los pagos provisionales.

Como puede apreciarse, la A. en P. dejó de considerarse como unidad económica sin personalidad en la LISR, que entró en vigor el 1º de Enero de 1981 y se convirtió en un vehículo transparente a través del cual causaban dicho impuesto el asociante y el asociado por las utilidades fiscales derivadas de las actividades empresariales realizadas en la asociación, en la proporción en la que cada uno de ellos participaba en ellas.⁹⁴

III. Resultado fiscal total atribuido al asociante

El 1º de Enero de 1999, entró en vigor una reforma a la LISR, en la cual se modificó su art. 8, para quitarle el tratamiento de transparencia fiscal a la A. en P. y considerar al asociante como contribuyente del impuesto causado por las actividades empresariales realizadas en la asociación.

⁹⁴ *Ibidem*, pp. 12 y 13.

El asociante estaba obligado al pago del Impuesto Sobre la Renta por la totalidad del resultado fiscal derivado de la actividad empresarial realizada a través de la A. en P., en los mismos términos en los que causan dicho impuesto las personas morales que realizan actividades empresariales en el país.

El resultado o la pérdida fiscal derivada de las actividades empresariales realizadas en la A. en P. no era acumulable o deducible, respectivamente, para el asociante a sus demás ingresos provenientes de sus actividades y la pérdida fiscal incurrida en la asociación sólo podía deducirse de las utilidades fiscales de la misma asociación.

El asociante tenía que llevar una cuenta de utilidad fiscal neta (CUFIN), por la A. en P. y cuentas individuales de capital de aportación (CUCA) por cada uno de los asociados y por sí mismo para identificar en dichas cuentas lo aportado por cada uno de ellos a la asociación y poder determinar así la procedencia de las cantidades entregadas por el asociante al asociado y así mismo. El asociante causaba el Impuesto Sobre la Renta por las cantidades entregadas a los asociados o a sí mismo no provenientes del saldo de la CUFIN (puesto que esas utilidades ya causaron el Impuesto Sobre la Renta) y de las CUCAS individuales de ellos, en igual forma que lo causan las personas morales por la distribución de utilidades a sus socios o accionistas.

Como puede apreciarse, en el régimen fiscal de la A. en P. que entró en vigor el 1º de Enero de 1999, descrito anteriormente, se le daba a la asociación el mismo tratamiento fiscal que a las personas morales que realizaban actividades empresariales en el país con pequeñas diferencias, considerando como contribuyente del impuesto causado por la asociación al asociante, pero ya se vislumbraba que, si bien, el tratamiento era prácticamente el mismo, lo único que faltaba era otorgarle la personalidad para que el tratamiento fuera idéntico.⁹⁵

⁹⁵ *Ibidem*, pp. 13 y 14.

Capítulo IV

Problemas del tratamiento fiscal actual

I. Exposición y Comentarios

El darle al negocio de A. en P. personalidad propia para efectos fiscales, cuando no la tiene para todos los demás efectos legales, representa serios problemas en la operación de la asociación, porque ello va en contra de sus características inherentes y prácticamente ha hecho que la misma desaparezca del tráfico comercial habitual debido a la serie de cargas tributarias adicionales que el hecho de otorgarle personalidad le acarrea.

Como hemos comentado anteriormente, el hecho que se le haya otorgado personalidad a la A. en P. le trae aparejado que tenga que cumplir con las mismas obligaciones fiscales, en los mismos términos y bajo las mismas disposiciones, establecidas para las personas morales en las leyes fiscales. Es incongruente que se le pretenda equiparar a la A. en P. con las personas morales, cuando se tratan de dos instituciones jurídicas muy distintas.

Las personas que celebran una A. en P. lo hacen para que, a través de éste negocio de colaboración emprendan una negociación mercantil o una o varias operaciones de comercio, es decir, la celebran con la intención de tener una actividad de plazo indeterminado o de corta duración, sin que en ninguno de los dos casos pretendan crear una persona moral con personalidad distinta, porque lo único que desean es participar en las utilidades, y en su caso, en las pérdidas que resultaren de la A. en P. y recuperar lo antes posible su inversión. En cambio, las personas que forman un contrato de sociedad lo hacen con la intención de crear una persona moral, con personalidad distinta de la de los otorgantes, que realice actividades empresariales en forma continua y permanente, con la intención de que su inversión realizada en la sociedad permanezca invertida en ella para su supervivencia y crecimiento.

Una diferencia trascendental, que en materia fiscal existe entre una sociedad y una A. en P., y por lo cual, es innecesario regularlas a ambas como personas morales, lo constituyen los flujos de capital excedentes que surgen de la actividad comercial de ambas, pero que difieren de forma sustancial, en cuanto a su destino.

Si dos personas que se unieron con la intención de realizar, una sola operación de comercio, a través de la A. en P., es decir, de manera enteramente transitoria, el asociante le entregará al asociado el efectivo originado para ellos en exceso a las erogaciones realizadas, conforme se origina dicho efectivo excedente, en restitución primero de sus aportaciones y una vez que tanto asociado y asociante han recuperado sus aportaciones, se lo distribuyen entre sí como utilidades en la proporción en la que participan en ellas conforme a lo acordado. En cambio, en las sociedades que son de duración indefinida o de largo plazo las operaciones realizadas en ellas y por éste motivo, el efectivo originado en ellas en exceso a las erogaciones realizadas, permanecen invertidos en la sociedad para que subsistan y crezcan como tales⁹⁶, ya que ese es el deseo de sus otorgantes, puesto que, constituyeron una sociedad para que sus utilidades se reinviertan y en un futuro puedan obtener mejores rendimientos.

De acuerdo a lo anterior, podemos observar que al celebrar una A. en P., para una sola operación de comercio, resulta inadecuado reinvertir las utilidades, ya que las partes no lo quieren de esa forma, puesto que lo que desean es recuperar su inversión, más su respectiva utilidad, y no como ocurre en las sociedades donde dichos excedentes son para ser reinvertidos en la misma sociedad.

Como puede verse a lo largo de éste trabajo existen grandes diferencias entre las sociedades y la A. en P., porque tiene propósitos distintos y por lo tanto, no debe de dársele a la asociación el mismo tratamiento fiscal que se les da a las personas morales. A continuación se hará una breve mención de algunos

⁹⁶ *Ibidem*, p. 16.

problemas prácticos que surgen del otorgamiento de personalidad a la A. en P., cuando no debería de tenerla.

II. Aportaciones a la Asociación en Participación.

Como sabemos, por virtud de la A. en P. el asociado le aporta bienes o servicios al asociante, a cambio de que éste último le de participación en las utilidades y en las pérdidas de una negociación o de una o varias operaciones de comercio.

Cuando los bienes aportados o destinados a la A. en P. no son dinero, se presenta un problema en cuanto al tratamiento fiscal que debe dársele a la aportación, porque la asociación no puede ser jurídicamente propietaria de ellos por carecer de personalidad en el derecho común, por lo tanto, la aportación de dichos bienes a la A. en P. implicaría en principio una enajenación de bienes a ella en la que podrían causar impuestos el asociado y el asociante. Sería absurdo que dichas aportaciones causaren impuestos a las partes otorgantes de la A. en P., puesto que no reciben contraprestación alguna por dicha aportación o destino de ellos, sino que únicamente los otorgan para la realización de la negociación o de las operaciones de comercio.

Caso muy distinto, al que ocurre con las aportaciones de bienes que se efectúan a las sociedades mercantiles por sus socios o accionistas, ya que, en éste supuesto, si existe enajenación de bienes porque las sociedades tienen personalidad jurídica propia y los socios o accionistas, reciben acciones o partes sociales de dichas sociedades como contraprestación por dicha aportación y por lo tanto, es lógico pensar que puedan causar impuestos por la enajenación de los bienes aportados a ellas.

En cambio, en las aportaciones de bienes a una A. en P. efectuada por el asociante y asociado, no existe, en sentido estricto, enajenación fiscal (aunque la legislación así lo prevea) de bienes porque la A. en P. no tiene un patrimonio propio que pueda recibir dichas aportaciones, en cambio, es el

patrimonio del asociante quien recibe dichas aportaciones, para destinarlas al objeto del negocio, previamente acordado por las partes. El asociante y el asociado, no reciben contraprestación alguna por dichos bienes, sino que, únicamente tienen los derechos de crédito que surgen con motivo del negocio. Por todo lo anterior, no creemos conveniente que la legislación fiscal les otorgue el mismo tratamiento a las aportaciones que se realizan en una A. en P., que aquéllas que se realizan en una sociedad mercantil.

III. Dedución de pérdidas

Dado que la A. en P. es un negocio en el cual, el asociante y asociado participan en las utilidades y pérdidas de una negociación mercantil u operación de comercio, quienes obtienen dichas utilidades o pérdidas, son jurídicamente y de hecho el asociante y el asociado (aunque en materia fiscal sea la A. en P. como persona moral) y por lo tanto, debería permitírseles deducir sus pérdidas incurridas en la asociación una vez terminada ésta, pero que al ser la A. en P. un negocio, en la mayoría de los casos temporal y que sólo pudiera durar un ejercicio fiscal, ya que, dicha deducción se tendría que realizar en el siguiente ejercicio fiscal respecto a aquél en que se produjo la pérdida, el asociante y el asociado ya no podrán deducir sus pérdidas incurridas en la A. en P. hasta por el monto de sus aportaciones no recuperadas.

IV. Reembolso de aportaciones y distribución de utilidades

Dado que la A. en P., en la mayoría de los casos es un negocio de corta duración, (aunque nada impide que sea por tiempo indeterminado) en el cual el asociante y el asociado no necesariamente distribuyen entre sí las utilidades o pérdidas en proporción a sus aportaciones, el darle un tratamiento fiscal de una persona moral que realiza actividades empresariales, presenta serios problemas en el reembolso de las aportaciones y la distribución de utilidades o pérdidas de la asociación.

En la A. en P., el asociado y el asociante recuperan primero sus aportaciones efectuadas a la misma, conforme se genera el flujo de efectivo excedente proveniente de las ventas de los bienes o de la prestación de servicios materia de la negociación mercantil o de la operación objeto del negocio y posteriormente, se distribuyen entre sí las utilidades, en caso de que las haya, porque ese flujo de efectivo excedente ya no se reinvierte en negociaciones u operaciones subsecuentes. En cambio, las sociedades mercantiles, tienen una larga vida, durante la cual realizan sus actividades empresariales en forma continua y para poder subsistir y crecer como sociedades, requieren que se reinvierta en ellas la mayor parte del flujo de efectivo excedente originado por sus actividades y sólo una pequeña parte de sus utilidades se distribuyen entre sus socios o accionistas, siendo ocasional el que se les reembolse sus aportaciones.

Al dárseles a los reembolsos de aportaciones y a las utilidades en la A. en P. el mismo tratamiento fiscal que se les da a los reembolsos de capital y las utilidades distribuidas por las sociedades mercantiles, se les origina serios problemas fiscales al asociante y al asociado.

En las sociedades mercantiles, son permanentes las actividades empresariales y por lo tanto, es lógico que las entregas de efectivo o bienes que ellas hagan a sus socios o accionistas con cargo a su capital contable, se consideren para efectos fiscales como utilidades distribuidas, primero hasta agotarlas y posteriormente como reembolsos de capital. En cambio, en la A. en P., no es lógico considerar para efectos fiscales, que lo primero que se reparten entre sí el asociante y el asociado, son utilidades y posteriormente recuperan sus aportaciones porque lo que sucede en ellas es precisamente lo contrario, o sea que primero recuperan sus aportaciones y posteriormente, se distribuyen entre si las utilidades, en caso de que las haya.

El darles el mismo tratamiento fiscal a ambas instituciones, como si se trataran de una institución muy afín, cuando sabemos, que si bien tienen muchos puntos de contacto entre ellas, también es cierto, que tiene sustanciales diferencias y no pueden tener el mismo tratamiento fiscal, ya que

ocasiona en muchos casos que se tenga que pagar el Impuesto Sobre la Renta en la A. en P. por el reintegro de las aportaciones y, no se pueda acreditar con ello el impuesto ya pagado por el anterior concepto, ya sea porque la asociación termine con pérdida o teniendo utilidad se termine la negociación mercantil o la operación de comercio materia de la A. en P. en el mismo ejercicio en que se haga el reintegro de dichas aportaciones.

Para evitar lo anterior, -nos dice Trueba Fano- tendría que dárseles a las cantidades que se reparten entre sí el asociante y el asociado en la A. en P. el siguiente tratamiento fiscal:

1. Considerar que en la A. en P., lo primero que se hace es repartir entre el asociante y el asociado, sus aportaciones hasta agotarlas y posteriormente, las utilidades, en caso de que las haya.
2. En caso de pagar el Impuesto Sobre la Renta por la distribución de utilidades, permitirle a la A. en P. acreditar dicho impuesto contra la totalidad del Impuesto Sobre la Renta, que cause por su resultado fiscal en el ejercicio en que haya hecho la distribución de utilidades y no únicamente contra el monto del impuesto que resulte a su cargo en la declaración de ese ejercicio pues esto último le ocasiona pagar el impuesto dos veces por una misma utilidad en la medida en la que el impuesto pagado por la distribución de utilidades excede al monto del impuesto que resulta a su cargo en la declaración de dicho ejercicio y no podrá acreditar la diferencia entre ambos cuando la negociación mercantil u operación de comercio materia de la A. en P. termine en ese mismo ejercicio.⁹⁷

V. Cuenta de utilidad fiscal neta (CUFIN) y Cuenta de capital de aportación (CUCA)

Una de las obligaciones de carácter fiscal de las personas morales, son aquellas que se consignan en los arts. 88 (CUFIN) y 89 (CUCA) de la LISR,

⁹⁷ *Ibidem*, p. 20.

los cuales son artículos que se complementan, ya que el art. 88, señala que las personas morales en México llevarán ésta cuenta de utilidad fiscal neta, la cual se compone de la utilidad fiscal neta de cada ejercicio, así como con los dividendos o utilidades percibidos de otras personas morales residentes en México y con los ingresos dividendos o utilidades sujetos a regímenes fiscales preferentes, y se disminuirá con el importe de los dividendos o utilidades pagados, con las utilidades distribuidas a que se refiere el art 89, que por su parte nos dice que, las personas morales residentes en México que reduzcan su capital determinarán la utilidad distribuida conforme a lo siguiente: a) Se disminuirá del reembolso por acción, el saldo de la cuenta de capital de aportación por acción que se tenga en la fecha en que se pague el reembolso; b) La utilidad distribuida será la cantidad que resulte de multiplicar el número de acciones que se reembolsen o las que se hayan considerado para la reducción del capital de que se trate, según corresponda, por el monto que resulte conforme a lo anterior; y c) El monto del saldo de la cuenta de capital de aportación por acción determinado (inciso a) para el cálculo de la utilidad distribuida, se multiplicará por el número de acciones que se reembolsen o por las que se hayan considerado para la reducción de capital de que se trate. El resultado obtenido se disminuirá del saldo que dicha cuenta tenga a la fecha que se pagó el reembolso.

Como podemos observar, la ley establece un método simplemente aritmético para obtener el monto de las utilidades o dividendos que las personas morales reparten a sus socios o accionistas de acuerdo a las cuentas CUFIN y CUCA, lo cual, es entendible en función de personas morales (sociedades mercantiles) que realizan dicha repartición por el número de acciones o por lo que se haya considerado para la reducción de capital.

Pero resulta muy complicado de aplicar todo lo anterior en la A. en P., ya que en ella no existen acciones u otra forma similar de poder determinar de forma aritmética la reducción de capital, por la distribución de dividendos o utilidades, ya que en la A. en P. el asociante y el asociado, no participan necesariamente en las utilidades o pérdidas de la negociación mercantil u operación de comercio, realizada en ella por el asociante en la proporción de

sus aportaciones, sino que se toman, además de las aportaciones, otros factores que determinan la participación porcentual de ellos en dichas utilidades o pérdidas, como lo son su experiencia en negocios similares a la negociación mercantil de la asociación, sus conocimientos técnicos, sus relaciones comerciales, los servicios que prestan a la asociación, su prestigio en el ámbito en que se desarrolle la asociación, etc., deberían llevarse las cuentas de CUCA y de CUFIN en forma individual por cada uno de ellos, como sucedía cuando el contribuyente del Impuesto Sobre la Renta era el asociante.

Con ello se determinaría con toda precisión, si las cantidades entregadas a cada uno de ellos en lo individual son reembolso de sus aportaciones o utilidades distribuidas para ellos, pues utilizar una sola cuenta global de CUCA y otra de CUFIN puede generar distorsiones importantes entre ellos en la asociación al no guardar su participación en las utilidades o pérdidas de ella, una relación proporcional a la de sus aportaciones efectuadas.

VI. Capital contable aprobado

Por ser la A. en P. un negocio en el cual, se prevé la restitución de aportaciones o la transmisión de propiedad de los bienes aportados, así como la distribución de utilidades entre ellos, en caso de que las haya, y por lo tanto, no se requiere la aprobación de un balance para hacer el reembolso de aportaciones o la distribución de utilidades, sino que dichos reembolsos y distribuciones se efectúan conforme se genera el flujo de efectivo excedente proveniente de la negociación o de la operación de comercio.

Por lo mencionado, resulta cuestionable el que se pueda aplicar a la A. en P. lo dispuesto en la fracción II del art. 89 de la LISR que requiere la aprobación de un balance en los reembolsos de capital, para determinar si existe o no distribución de utilidades en ellos, mediante la comparación de su capital

contable mostrado en dicho balance y el saldo de su CUCA, aunque así se pretenda.⁹⁸

⁹⁸ *Ibidem*, p. 21.

TÍTULO CUARTO

“IMPORTANCIA ACTUAL DE LA ASOCIACIÓN EN PARTICIPACIÓN”

Conclusiones

Capítulo I

¿Por qué la Asociación en Participación?

I. Justificaciones

Cuando cursé la materia de Títulos y Operaciones de Crédito impartida por el Dr. Javier Álamo Gutiérrez, tuve conocimiento, por primera vez, de la existencia de la A. en P., en donde se nos explicó las características básicas y generalidades propias de la institución. De acuerdo a la exposición que de la misma realizó el Dr. Álamo surgió en mí un gran interés de conocer más a fondo la institución e investigar más sobre ella. Puntos como el carácter oculto del asociado, la gran flexibilidad del negocio para emprender, prácticamente cualquier operación de comercio y la forma en que si bien, tiene muchos puntos en común con las sociedades mercantiles, por otra parte, la A. en P. es totalmente distinta a ellas en cuanto a naturaleza jurídica, funcionamiento, elementos personales, etc., pero que con éste negocio jurídico, es factible realizar exactamente lo mismo que con una sociedad, pero con algunas ventajas sobre las mismas.

Con el tiempo fui conociendo un poco más al respecto de la misma, pero fue definitivamente al cursar la materia de Derecho Fiscal I, impartida por el Lic. Emilio Margáin Barraza, donde mi interés por la A. en P. aumentó debido a que fue uno de los ejemplos que manejó durante la explicación de la redefinición para efectos fiscales, y de cómo, una institución que era regulada por el Derecho Mercantil, era redefinida para efectos fiscales, con una naturaleza totalmente distinta, otorgándole personalidad jurídica y dándole el mismo tratamiento que a las sociedades mercantiles, cuando su naturaleza es totalmente distinta en materia mercantil.

Con estos antecedentes me di a la tarea de empezar a documentar el presente trabajo y para ello, recurrí a la biblioteca para buscar ejemplares que contuvieran a la A. en P. como su objeto de estudio. Me pude dar cuenta que los únicos libros que contenían a la A. en P. como tema del mismo, eran libros sobre las implicaciones fiscales derivadas de su celebración, todos ellos realizados por Contadores Públicos. Pero no logré encontrar un sólo libro hecho por un licenciado en Derecho que contuviera a la A. en P. como tema central del mismo, ya que solamente aparecía en algunos libros de Derecho Mercantil Parte General o en algunos textos de Contratos Mercantiles, mencionado de forma muy escueta y sin todas las consideraciones que se tenían respecto a otros contratos o respecto a las sociedades mercantiles.

También me llamó poderosamente la atención que desde el momento que decidí realizar mi tesis con el tema de la A. en P., y empezar a compartirlo con algunos compañeros de la facultad, me llamó la atención, que ni uno sólo de ellos, no solamente no conocía su concepto, funcionamiento, elementos personales, etc., sino que, ni siquiera sabían de su existencia, pero no solamente eso, sino que también al tocar el tema con Licenciados en Derecho, me encontraba en la misma situación de desconocimiento que con mis compañeros de la facultad. Fue entonces cuando me pregunté: ¿por qué ni siquiera conocen que existe la A. en P., si durante la licenciatura tenemos que cursar de forma obligatoria la materia de Contratos Mercantiles?

Pues la respuesta que logré divisar fue una conclusión a la cual llegó el Lic. Vicente Solís Arana, quien en su clase de Contratos Civiles, nos comentó una experiencia que había surgido de una conversación que había sostenido con un colega profesor que impartía la misma clase de Contratos Civiles y quien le comentó: “Si él daba en su clase todos los contratos que le requería el temario de la materia”, a lo que el Lic. Solís contestó afirmativamente, pero el profesor que preguntó, le hizo la siguiente afirmación: “Yo en mi clase sólo imparto lo relativo a la Compra-Venta, Arrendamiento y si me da tiempo veo algo de Donación, pues considero que éstos contratos son los únicos que se llevan a cabo en la vida cotidiana”. La conversación terminó en ese momento. El Lic.

Solís, nos comentó que, efectivamente esos eran los contratos más utilizados, pero que los demás contratos, por ser menos utilizados no demeritaban en nada su importancia y la utilidad de cada uno de ellos. Y que además, le parecía increíble que en una facultad de Derecho, donde se preparaba a los futuros abogados, los maestros no impartieran todos los temas como se debería, ya que la única consecuencia de ello, sería la siguiente: “Si los propios futuros abogados no conocen todos los contratos con todas sus implicaciones jurídicas y las ventajas que les pueda reportar celebrar tal o cual contrato, como pretender que la población en general los llegue a practicar, si quienes se supone deberían de conocerlos no tienen ni idea de su existencia”.

Creo que lo anterior es exactamente lo que le sucede a la A. en P., ya que en mi experiencia personal en mi clase de Contratos Mercantiles, nunca se mencionó nada relacionado con la A. en P., y por lo visto con mis compañeros en sus respectivas clases, ocurría lo mismo, ya que, como dije antes, nadie conocía de su existencia.

Una combinación de todos los aspectos anteriores fue lo que me llevó a considerar a la A. en P. como un tema sobre el cual, me gustaría investigar y poder así contribuir con lo poco que el presente trabajo pueda aportar, para el conocimiento y la difusión de éste negocio jurídico a todos los estudiantes de Derecho y profesionales del mismo, de una manera sintética, sencilla y comprensible, pero no sólo eso, sino que, también hacer el intento de presentarlo de forma integral, es decir, abarcando todas las diversas especialidades de lo jurídico, en donde la A. en P. tuviera injerencia. Respecto a ésta última idea ahondaré más en el siguiente apartado.

Capítulo II

Importancia de la correcta ubicación de la Asociación en Participación dentro de la Teoría General del Acto Jurídico

I. La autonomía de la voluntad

“En un sentido muy general –nos dice De Castro y Bravo- se entiende por autonomía privada, el poder de autodeterminación de la persona... Se piensa entonces en la esfera de la libertad de la persona, para ejercitar facultades y derechos, y también para conformar las diversas relaciones jurídicas que le atañen. De modo que podría ser definida, como aquel poder complejo reconocido a la persona para el ejercicio de sus facultades, sea dentro del ámbito de libertad que le pertenece como sujeto de derechos, sea para crear reglas de conducta para sí y en relación con los demás, con la consiguiente responsabilidad en cuanto actuación en la vida social.

El reconocimiento de la autonomía privada es una exigencia que lleva consigo la misma condición de la persona humana; por eso es inadmisibles considerarla como simple ocasión para que actúe la máquina del Estado. También es inexacto decir que se trata de algo que, como de cosas suyas, sólo a los interesados importa, por lo que se le ha de negar toda justificación a las normas imperativas que la limiten; porque, si se solicita la intervención resolutoria del Estado, con el despliegue de todas sus fuerzas, dicha intervención habrá de tener su propia justificación, y ésta habrá de ser valorada desde el punto de vista de la comunidad.”⁹⁹

La autonomía de la voluntad privada y el negocio jurídico tienen grandes puntos de contacto, ya que son una fórmula indisoluble, es decir, no se puede concebir a una sin la otra, o como bien dice BETTI¹⁰⁰.

“...la iniciativa privada es el mecanismo motor de toda conocida regulación recíproca de intereses privados...no sólo se aplica a desear ciertos fines prácticos, sino también, a crear los medios correspondientes a ellos. Ya en la vida social, antes aun de cualquier intervención del orden jurídico, los particulares proveen por sí a proporcionarse los medios adecuados. E

⁹⁹ De Castro y Bravo, Federico, *ob. cit.*, p. 11 y ss.

¹⁰⁰ Betti, Emilio, *Teoría General del Negocio Jurídico*, 2ª ed., Trad. A. Martín Pérez, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1959, pp. 40 y ss.

instrumentos con esta naturaleza son, por excelencia, los negocios jurídicos...Tienen su origen, los negocios jurídicos, en la vida de relación; surgen como actos con los que los particulares disponen para el futuro una regulación vinculante de intereses dentro de sus relaciones recíprocas, y se desarrollan espontáneamente, bajo el impulso de las necesidades, para satisfacer variadas exigencias económico-sociales...

El Derecho, cuando se resuelve –continúa Betti- a elevar los contratos en cuestión al rango de los negocios jurídicos, no hace otra cosa que reconocer, en vista de su función socialmente trascendente, aquel vínculo que, según la conciencia social, los mismos particulares, ya por adelantado, sentían haber contraído en las relaciones entre sí. No hace más que reforzar y tornar más seguro tal vínculo, sumándole su propia sanción...La sanción del Derecho se presenta como algo añadido y lógicamente posterior, como un reconocimiento de la autonomía de la voluntad. En virtud de tal reconocimiento, los negocios de la vida privada asumen la calidad de negocios jurídicos, y tórnanse *instrumentos* que el derecho mismo pone a disposición de los particulares para regir sus intereses en la vida de relación...”.

Así, los negocios jurídicos sólo vienen a otorgar mayor seguridad de las partes, mediante la sanción que el propio Estado impone para el caso del incumplimiento, para aquellas relaciones, que se consideraban obligatorias entre las partes, antes incluso de la intromisión del Derecho; y además, los negocios jurídicos, son la manifestación máxima de la autonomía de la voluntad, ya que son los instrumentos que el Derecho otorga para la consecución de los diversos fines de índole económico-social.

II. Importancia del concepto de negocio jurídico

El término de negocio jurídico (traducción del alemán “Rechtsgeschäft), se debe a la doctrina alemana del siglo XIX, en la cual, y desde entonces, se empleará la frase negocio jurídico para nombrar un tipo especial de actos jurídicos.

La difusión del uso del concepto de negocio jurídico, tiene su gran impulso – de acuerdo a De Castro y Bravo- con la publicación del Código Civil Alemán de 1900. Que modifica la división de Gayo y se le sustituye por la de personas, cosas y negocios jurídicos, división que fue acogida por la doctrina de casi todos los países del continente europeo y hasta buena parte de la dogmática alemana sobre el negocio jurídico; pasando además el término de negocio jurídico al texto de algunas leyes. En contraste con ésta acogida, ha podido señalarse la de la doctrina francesa como de franca resistencia a recibir el concepto de negocio jurídico. Ella se ha mantenido fiel al uso tradicional del término acto jurídico.¹⁰¹

Durante el siglo que terminó, se pudo constatar la utilidad del concepto de negocio jurídico, ya que se ha vuelto a dar primacía a la autonomía de la voluntad, en la práctica y en la teoría. Circunstancias que nos llevarían a pensar si conviene utilizar una institución como la del negocio jurídico, durante tanto tiempo ajena al Derecho Mexicano, pero que de acuerdo a DE CASTRO Y BRAVO¹⁰² dicha recepción sería posible por lo siguiente:

“...dos razones abonan la recepción. Razones que hay que dar y que contrastar, porque los conceptos y las construcciones teóricas no tienen valor “a priori” y se justifican por su utilidad. El trazar las líneas generales del negocio jurídico, destacar el significado de sus elementos y poner de relieve su fundamento, es una tarea necesaria para ver en conjunto y apreciar bien el significado institucional de la autonomía privada... la segunda razón anunciada; porque conocidas las reglas básicas y generales que rigen la autonomía de la voluntad, se podrán colmar las lagunas del texto codificado, y así librar del limbo jurídico, en el que en otro caso se encuentran diversas figuras...”.

La idea de que el particular puede establecer reglas de valor jurídico, análogas a las leyes. El ciudadano, el hombre libre, conserva así una parcela

¹⁰¹ De Castro y Bravo, Federico, *ob. cit.*, p. 20.

¹⁰² *Ibidem*, pp. 22 y 23.

de soberanía, que se manifiesta en poder crear Derecho. Por ejemplo, cuando se hace un testamento la voluntad es ley, y cuando con otros se celebra un negocio se crea ley entre ellos. En este sentido estricto de la autonomía es donde tiene un carácter institucional y es por eso que nos interesa destacar el término de negocio jurídico. De acuerdo a BETTI¹⁰³, la importancia del concepto de negocio jurídico radica en que:

“...el reconocimiento de esta autonomía elevando algunas manifestaciones de ella a negocios jurídicos, es decir, a instrumentos para dar vida y desarrollo a relaciones jurídicas entre particulares. La institución del negocio jurídico representa así la solución de un problema práctico...tiene una finalidad dinámica, de iniciativa y renovación...el negocio jurídico soluciona a la iniciativa individual el modo de desplegarse y actuar, modificando la posición de aquellos intereses, según las directrices que los particulares mismos juzguen más convenientes...lo verdaderamente característico del negocio jurídico, es que el supuesto a que la norma enlaza el efecto jurídico contiene ya en sí mismo *la enunciación de una regla*. El orden jurídico valora luego esta regla según su soberano juicio y la traduce en precepto jurídico, con las restricciones y modificaciones que estime oportunas. Con el negocio, en efecto, los individuos disponen para el futuro, en sus relaciones, una ordenación vinculante de los intereses propios.

La institución del negocio jurídico –continúa Betti- no consagra la facultad de “querer” en el vacío... Más bien, según hemos visto, garantiza y protege la autonomía privada, en la vida de relación, en cuanto se dirige, a ordenar intereses propios en las relaciones con otros, y al que el Derecho enlaza los efectos más conformes a la función económico-social que caracteriza su tipo...Con el negocio el individuo no viene a declarar que quiere algo, sino que exprese directamente el objeto de su querer, y éste es una regulación vinculante de sus intereses en las relaciones con

¹⁰³ Betti, Emilio, *ob. cit.*, pp. 46 y ss.

otros... se señala un criterio de conducta, se establece una relación de valor normativo.”.

El ordenamiento jurídico, en materia de Derecho privado, deja amplio margen de libertad para que los particulares formen y conformen sus relaciones, ya que una de las características primordiales del negocio jurídico, consiste en que su regulación se hace atendiendo al propósito práctico del negocio, porque conforme a él se protege a las mismas partes, y se valora su alcance como título de derechos y obligaciones en relación con los terceros interesados. Atender al propósito práctico del negocio no supone disminuir el alcance de la autonomía de la voluntad, sino por el contrario tenerla en cuenta en su doble aspecto de libertad y responsabilidad, ya que por una parte, por libertad entendemos esa aprobación que otorga la legislación para que los particulares, puedan celebrar los negocios, respetando su voluntad, pero siempre acotada, por esa responsabilidad, en un doble aspecto, ya que las partes deberán de respetar lo acordado, y además, en caso de no hacerlo, la actuación coactiva del Estado para obligarlos a respetar lo pactado.

Las consideraciones anteriores nos permiten vislumbrar, el hecho de que el negocio jurídico se vea en función de su verdadero propósito práctico, (conveniencia económica de celebrar una A. en P., debido a su flexibilidad y bajo costo) y de su real significado social, (respeto que el Estado debe a la autonomía de la voluntad) para que de ésta forma se respete el poder de las personas para poder dictar reglas y así regular las cuestiones contractuales, lo que sería la médula del negocio jurídico.

“Gracias a ello, -comenta Betti- se puede afirmar sin dificultad que el negocio tiene una doble eficacia: a) La del título de una serie de derechos, facultades, obligaciones y cargas o, expresado de otro modo, de fundamento de una relación jurídica, de creador de una nueva realidad jurídica; b) La de establecer una regla, con la que se mide la conducta de autorizados y obligados.”¹⁰⁴

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 53.

En concordancia con lo anterior, nos percatamos que la A. en P. cumple con la doble eficacia que se señala en el párrafo anterior, ya que por una parte, efectivamente crea derechos, facultades y obligaciones, determinadas al efecto por las partes, pero que dan fundamento y sustento a una nueva realidad jurídica, y por otra parte, también permite regular, a través de la legislación, los límites de la conducta de las partes, de modo que no se viole el orden público y las buenas costumbres. A nuestro parecer, la función primordial de la regulación del negocio jurídico, tiene que ver con el propósito práctico del mismo, es decir, permite que la autonomía de la voluntad se desenvuelva con soltura entre las partes, a fin de que las mismas puedan alcanzar los objetivos trazados, sobretodo la función económico-social. Por virtud de la A. en P. las partes darán fundamento a una nueva realidad jurídica, y de paso, en la misma se establecerá una regla con la que se mida y regule la conducta de las partes integrantes.

Para concluir, citaremos la definición que de negocio jurídico realiza DE CASTRO Y BRAVO¹⁰⁵, quien nos dice: “...*podiera concluirse que el Derecho considera como negocio jurídico: la declaración o acuerdo de voluntades, con que los particulares se proponen conseguir un resultado, que el Derecho estima digno de su especial tutela, sea en base sólo a dicha declaración o acuerdo, sea completado con otros hechos o actos.*”. Definición que se encuentra en total concordancia con la naturaleza, funcionamiento, particularidades y demás elementos de la A. en P. y que nos llevan a concluir que la A. en P., es un negocio jurídico.

Capítulo III

Importancia de la Asociación en Participación en el desarrollo comercial

¹⁰⁵ De Castro y Bravo, Federico, *ob. cit.*, p. 34.

I. Negocio flexible

De acuerdo a lo que se ha dicho al respecto, podemos darnos una idea clara, que por lo flexible de la regulación de la A. en P. en materia de la LGSM, dicho negocio puede ser utilizado prácticamente en cualquier ámbito en el cual, las partes otorgantes desean combinar esfuerzos para obtener y compartir los resultados que arroje una negociación mercantil o una o varias operaciones de comercio.

La imaginación de los otorgantes, parece ser la única limitante al presente negocio, ya que al parecer, únicamente el fideicomiso, en nuestro sistema jurídico cuenta con un espectro de aplicabilidad más grande que la A. en P. Lo importante de ésta flexibilidad consiste en que puede estar al alcance de cualquier persona, que de acuerdo a nuestro conocimiento del mundo, existen personas que teniendo recursos no los saben explotar, y por el contrario, existen personas que sin tener recursos o financiamiento, tienen gran habilidad para comandar negociaciones o realizar operaciones de comercio. Es aquí donde la A. en P., al ser un negocio de colaboración permite conjugar a ambas personas, para que una se interese en la actividad del otro, a fin de que ambos consigan un fin en común; que sería la repartición de las utilidades de la actividad del asociante.

Al ser un negocio *intuiti personae*, y que de manera obligada en la A. en P, únicamente pueden actuar dos partes, aunque puede darse la posibilidad de que existan varios asociantes o asociados, permite que sea un negocio, hasta cierto punto, de personas que tengan un vínculo relativo, es decir, con algún tipo de parentesco, amistad, relaciones comerciales, etc., y no se vuelva impersonal, como por ejemplo, la sociedad anónima que al emitir acciones u obligaciones, permite que el público en general tenga posibilidad de injerencia en el manejo de la sociedad.

Al no existir en la A. en P. órganos que la representen, como sucede en las sociedades, tanto civiles como mercantiles, quienes actúan por medio de sus órganos de representación; en cambio, en la A. en P. existe una gran

flexibilidad para dirigir la negociación o la operación de comercio por parte del asociante, ya que como recordamos, es él únicamente, quien responde frente a terceros por las actividades que deriven de su manejo comercial aprovechando los bienes que le aportó el asociado. Por lo tanto, la gestión corresponde únicamente al asociante, quien obra bajo su nombre y responsabilidad y no representa ni actúa en nombre de la A. en P. ni en nombre del asociado. Ciertamente es que el asociado puede participar en la administración de la negociación y que puede ejercer un derecho de control sobre las operaciones objeto del negocio, pero tal derecho no deriva de la titularidad de la empresa, la cual corresponde únicamente al asociante.

Una vez que se ha concluido la negociación o la operación de comercio objeto de la A. en P. la ley faculta a sus otorgantes, a que sean ellos mismos quienes fijan los términos, proporciones de interés y demás condiciones en que debe realizarse la A. en P., art. 255 LGSM, por lo tanto, la repartición de utilidades será conforme a lo pactado por las partes, y además, se rompe el principio que impera en las sociedades mercantiles de distribuir utilidades o dividendos, conforme a la aportación de cada socio, ya que en la A. en P. no sucede lo mismo puesto que además de la aportación de cada otorgante, también se toman en cuenta otras circunstancias, como lo son los servicios prestados, el prestigio personal, conocimientos técnicos, etc., y derivado de la apreciación de las características anteriores los otorgantes de la A. en P. deciden la repartición de las utilidades.

II. Negocio eminentemente práctico, de bajo costo e ideal para pequeños capitales

Si bien la A. en P. es un negocio formal, (art. 254 LGSM) al no tener requerimientos de publicidad, le reporta varias ventajas, ya que mientras no se transmita la propiedad de bienes muebles o inmuebles registrables, el negocio puede constar en escrito privado, con la correlativa economía que esto les representa a las partes, ya que no tendrían que pagar honorarios al fedatario ante el cual se formalizaría la transmisión de propiedad en ejecución de la A. en P., tampoco se pagarían impuestos por la transmisión de propiedad, ya

sean locales (Impuesto sobre Adquisición de Inmuebles) o federales (en su caso, Impuesto Sobre la Renta por Adquisición o Enajenación de bienes inmuebles o Impuesto al Valor Agregado), tampoco se pagarían derechos de registro para poder inscribir dicha transmisión de propiedad. En el caso de que si se transmita la propiedad de la aportación del asociado al asociante y este bien, de acuerdo a la ley fuese inscribible, se tendría que cumplir con ésta formalidad y además, sí se tendrían que cumplir con los requisitos mencionados anteriormente. Los requisitos anteriores se tendrían que cumplir en caso de que exista transmisión de propiedad de bienes inscribibles del asociado al asociante, con la consiguiente erogación que dicha operación les represente a las partes; pero también, cabe la posibilidad de que dicha transmisión no sea necesaria, y solamente mediante la celebración de contratos de uso, es decir, mediante el arrendamiento o comodato se puedan realizar plenamente la o las operaciones de comercio o la negociación mercantil.

En primer lugar hablaremos del arrendamiento, contrato en virtud del cual, cabría la posibilidad de que el asociado, como propietario de los bienes que son objeto de la A. en P. se obligue a hacer que la otra goce, es decir, el asociante, de una cosa durante cierto tiempo, y mediante un cierto precio que éste se obligue a pagarle. Al ser un contrato eminentemente oneroso, el asociante tendría que pagar al asociado un precio cierto como contraprestación por el uso o goce. Por otro lado, el CCF en su art. 2399 nos dice que la renta o precio debe de ser cierta y determinada o por lo menos determinable, concepto, éste último, donde la A. en P. puede actuar, ya que se puede convenir que la renta se pacte en base a una cantidad periódica de dinero, y además en un cierto porcentaje sobre los ingresos que el asociante obtenga periódicamente de la explotación de la negociación mercantil o de la o las operaciones de comercio. De éste modo ambas partes obtienen mejores ingresos, que aquéllos que hubieran obtenido con un simple contrato de arrendamiento, sin la A.en P., ya que, por un lado, el asociado no tendrá que conformarse con la renta periódica de su bien, sino que, también obtendrá un porcentaje de los ingresos que genere el asociante. Por otro lado, el asociante no tendrá que realizar las erogaciones que le representaría el obtener la

propiedad del bien objeto de la A. en P., y además puede pagar la renta, con las utilidades que surgen de la A. en P. Por otro lado, podría pensarse que tienen las mismas implicaciones prácticas celebrar un contrato de arrendamiento, que convenir la reversión del bien al concluir la A. en P., pero resulta menos costosa la primera opción, ya que, la primera no está sujeta a registro, en cambio, la segunda sí, en caso de que se deseara ser oponible a terceros.

Una opción aún mejor, a nuestro parecer, lo representa la celebración de un contrato de comodato, ya que al ser un contrato eminentemente gratuito, ya no se tiene que pagar una renta. Nuestro CCF en el art. 2497 define al comodato como el contrato por el cual uno de los contratantes se obliga a conceder gratuitamente el uso de una cosa no fungible y el otro contrae la obligación de restituirla individualmente. Dicha definición, aparentemente excluye el comodato sobre bienes inmuebles, ya que, el Código al hacer la diferencia entre bienes fungibles y no fungibles lo hace en razón de muebles, sin embargo, el concepto de no fungible, es perfectamente válido y aplicable también para los bienes inmuebles. Si bien es un contrato civil, puede ser también mercantil, a pesar de ser gratuito, cuando es accesorio de otro principal de naturaleza mercantil, que en éste caso será la A. en P. Supongamos que una persona es propietaria de una gran colección privada de obras de arte y desea que las mismas sean exhibidas, a fin que le reporten una cierta ganancia, por lo tanto, busca a un afamado expositor de arte quien se encarga de montar exposiciones. Le propone que celebren una A. en P., donde el coleccionista como asociado prestará su colección de obras de arte y pactan el derecho de reversión al concluir el negocio. Por su parte el afamado expositor, como asociante, se encargará de montar la exposición respectiva, pero además, el asociado cuenta con un inmueble digno de la exposición, por lo cual, celebran un contrato accesorio de comodato, en el cual, pactan que el asociado/comodante le conceda gratuitamente el uso del inmueble al asociante/comodatario durante el plazo que durará la exposición, mismo que al terminar, el inmueble objeto de comodato será devuelto a su propietario. Se establecen al efecto la participación de las utilidades que arroje la exposición para ambas partes. De ésta forma se evita en primer lugar: a) La transmisión

innecesaria de propiedad de un inmueble para la exposición; b) Se evita el pago de renta en caso de celebrar un arrendamiento; y, c) El comodato es un contrato consensual y no implicaría ninguna erogación para su celebración.

Por otra parte, la A. en P. es un negocio de suma utilidad en caso de que dos personas desean conjuntarse para obtener de manera recíproca beneficios que resultaren de su esfuerzo y riesgo compartido. Por ejemplo, un comerciante establecido, que pretende ampliar su negocio, pero carece de recursos para hacerlo, tiene varias opciones de financiamiento: puede obtenerlo en forma de préstamo de un banco o de un particular, pero al tratarse de una gran cantidad de capital, cualquiera de los dos le solicitan una garantía hipotecaria al comerciante, además, por supuesto, de verse obligado al pago de un alto interés; también puede acudir a la formación de una sociedad, llamando a terceros a formalizar un contrato de sociedad, con los correlativos gastos que ello implica, (permisos para obtener la denominación o razón social, pago de honorarios del fedatario, darse de alta como nueva persona moral ante el Servicio de Administración Tributaria, derechos de registro, etc.) además, se vería obligado a sólo recibir la utilidad equivalente a su aportación a la sociedad, sin mencionar que se daría nacimiento a una persona moral que en determinado momento le ocasiona más gastos que beneficios; pero surge una tercera opción, que dicho comerciante celebre una A. en P., en donde para dar mayor aliciente a la persona que le presta el dinero, y no sujetarla a un interés fijo, le ofrece que a cambio del capital suministrado le dará un tanto por ciento de las utilidades que se obtengan del negocio en el cual se está inyectando el capital aliciente que lo puede ser también para el comerciante, que no se vea obligado a pagar un interés fijo, haya o no haya utilidades, sino que el pago de la renta del capital estará sujeto a las contingencias de su propio negocio. Ésta relación establecida entre el comerciante y el capitalista formará una A. en P.

El ejemplo anterior pone de manifiesto la gran utilidad que en determinado momento pudiera obtener alguna persona al celebrar una A. en P. para obtener recursos, no sólo a un menor costo de lo que lo pudiera obtener en cualquiera de las opciones señaladas, sino también, sin el pago de intereses y

sin ofrecer garantía real, lo anterior, en el caso del préstamo bancario o de cualquier otra persona; y por otro lado, en el caso de la sociedad, es innecesario la constitución de la misma únicamente para obtener un financiamiento, si nunca ha sido la intención del comerciante constituir la. En conclusión, nos podemos dar cuenta que en virtud de la A. en P., el comerciante obtiene un financiamiento prácticamente gratuito, ya que, utiliza el capital del asociado para emprender la negociación mercantil o la operación de comercio, y una vez que obtenga utilidades las compartirá con el asociado, quien a su vez, no estará atado a un interés fijo, sino que, puede aumentar exponencialmente su inversión, traducida en utilidades.

Ahora nos avocaremos a la cuestión de que la A. en P. es un negocio que no necesita de grandes capitales para su funcionamiento, ya que, como lo vimos, la intención del legislador al no imponer una normatividad rígida para la institución, es precisamente que la A. en P. sea utilizada de forma masiva por la población a modo de que sirva como un vehículo, a través del cual, las inversiones productivas se dirijan hacia donde la población las requiere, y sobretodo, de forma simple, clara, transparente, segura y económica. Todas las virtudes anteriores, sin duda que la A. en P. las tiene, y como se dijo, después del fideicomiso, a nuestro parecer, es la institución en nuestro derecho positivo que cubre el mayor espectro de posibilidades para realizar cualquier acto de comercio, pero con una ventaja sobre el fideicomiso, y nos referimos a lo barato que en una escala comparativa puede resultar, la A. en P., en relación con el fideicomiso, ya que para constituir una A. en P. no es necesario la contratación de una institución ajena a las partes contratantes, como sucede en el fideicomiso con el fiduciario, ya que el fideicomiso no es válido, si no consta la aceptación del fiduciario, quien evidentemente solicita una contraprestación de gran escala económica para administrar el patrimonio fideicomitado, honorarios, que evidentemente no se pagan en la A. en P.

Como podemos darnos cuenta a través de nuestro conocimiento del mundo, los fideicomisos, generalmente, se constituyen para realizar grandes obras de infraestructura, liquidar patrimonios, garantizar simultánea o sucesivamente diferentes obligaciones que el fideicomitente contraiga etc., es decir, se

constituyen para situaciones que parecen bastante ajenas a la A. en P., aunque con ello no demerita de forma alguna su utilidad, ya que, a nuestro parecer, la A. en P. se acerca más a los pequeños capitales, es decir, al grueso de la población, a aquellos que buscan la oportunidad de hacer crecer una pequeña negociación mercantil, o que ponen al servicio del capital, sus servicios, experiencia, calidad técnica, prestigio, etc., para llevar a cabo alguna operación de comercio que les pueda beneficiar a ambas partes. O como vimos anteriormente, obtener un financiamiento de forma prácticamente gratuita, ya que las propias ganancias que resulten de la A. en P. serán las que corresponderán, en el monto acordado por las partes al asociado, quien a su vez, obtendrá un mayor monto de lo que hubiere percibido si tan sólo hubiera recibido el interés del préstamo. Debido a éstas y a muchas otras razones, la A. en P. resulta un medio económico de canalizar inversiones, hacia actividades productivas, para todo tipo de personas, sean comerciantes o no, ya que como sabemos, no es necesario serlo para celebrar una A. en P., incluso una persona que jamás haya realizado actos de comercio a mediana o gran escala, puede incursionar a través de una A. en P., sin necesidad de aportar grandes cantidades de recursos.

III. Dualidad de la Asociación en Participación.

Otra de las características esenciales de la A. en P. que demuestran su gran versatilidad es la dualidad en la cual, éste negocio se puede desarrollar, de acuerdo al art. 252 LGSM, que nos dice que la A. en P. 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. De lo anterior podemos observar que: a) Al mencionar que la A. en P puede versar sobre una negociación mercantil, se puede inferir, que puede, ya sea que a través del negocio iniciar una empresa o desarrollar alguna ya existente, mediante la aportación, que en ambos casos realiza el asociado al asociante; y b) Al mencionar el citado artículo que la A.en P. puede versar sobre una o varias operaciones de comercio, se puede inferir que el citado negocio puede ser meramente transitorio, es decir, que durará solamente el tiempo necesario que le tome al

asociante llevar a cabo la operación convenida con la aportación del asociado.

1) Duración limitada

Es la primera de las dos acepciones bajo las cuales la A. en P. se puede desarrollar, es decir, que la asociación sea meramente transitoria (como ocurre en la mayoría de los casos) y que se termine la misma, al concluir con la operación de comercio a la cual se comprometieron las partes. Como se acaba de mencionar, la mayoría de las asociaciones tienen una duración limitada, ya que a sus otorgantes no les interesa formar una sociedad que perdura aún después de realizar la o las operaciones de comercio, pues el constituirla representaría gastos que no hay necesidad de realizar.

Aquí es donde más afecta, en las asociaciones que tienen duración limitada, lo que tuvimos oportunidad de comentar en el Título Tercero del presente trabajo, que para efectos fiscales, la A. en P. reciba el mismo tratamiento fiscal que las personas morales, ya que, como vimos, las principales desventajas son: a) En caso que la asociación termine con pérdida fiscal, y la misma sólo tenga actividades durante un ejercicio, ya no se les permite al asociante y al asociado deducir dichas pérdidas en el siguiente ejercicio, puesto que la A. en P. ya no existirá; b) Al considerarla las leyes fiscales como persona moral, entiende que en una A. en P. lo primero que se reparte a los otorgantes son las utilidades o dividendos y posteriormente sus aportaciones, cuando en nuestra institución, ocurre exactamente lo contrario, es decir, se devuelven primero las aportaciones y luego las utilidades o dividendos, lo que ocasiona que se tenga que pagar el impuesto sobre la renta en la asociación por el reintegro de las aportaciones, y no se pueda acreditar en ella el impuesto pagado si la negociación termina en el mismo ejercicio en que se haga el reintegro de dichas aportaciones; y c) En caso de pagar el impuesto sobre la renta por la distribución de utilidades, la A. en P. no puede acreditar dicho impuesto contra la totalidad del impuesto sobre la renta, que cause por su resultado fiscal en el ejercicio que haya hecho dicha distribución, ya que solamente lo podrá hacer en la declaración de ese ejercicio, lo que ocasiona

que pague dos veces por una misma utilidad, en la medida en la que el impuesto pagado por la distribución de utilidades excede al monto del impuesto que resulta a su cargo en la declaración de dicho ejercicio y no podrá acreditar dicha diferencia, si la A. en P termina en ese mismo ejercicio.

El hecho de considerar a la A. en P. como persona moral, de acuerdo a la legislación fiscal, le acarrea serios problemas de índole económicos a las partes, ya que los hace tener erogaciones innecesarias, las cuales, por supuesto se disminuyen de las utilidades que cada parte pueda tener, lo cual, vuelve menos atractiva a la institución para ser elegida como vehículo de inversión y de producción de riqueza.

2) Duración indefinida o de largo plazo

Si bien, las asociaciones que tienen ésta característica son menos frecuentes que aquellas de duración limitada, no existe impedimento en la ley para que una A. en P. se pueda establecer por un largo tiempo, e incluso, de forma indefinida, como en determinado momento lo son, las sociedades civiles y mercantiles.

Pensemos que un industrial que produce cubetas de plástico, tiene serios problemas en la comercialización de las mismas, lo cual, a largo plazo, le acarrea que sus ganancias se vean disminuidas de manera notable. Conoce a un profesional del ramo de la comercialización del mismo producto, pero dicho sujeto no pretende ser empleado del industrial, por lo cual éste le propone que celebren una A. en P., donde el industrial como asociado, le transmita la propiedad de las cubetas de plástico al profesional como asociante, quien a su vez, se compromete a comercializar de forma eficiente dichos productos. Ambos convienen en que al terminar la venta de cada lote de cubetas, el profesional le participará al industrial el 80% del valor de las ventas, quedando el restante a su favor. Como a ambas partes les conviene la citada situación, deciden hacer una A. en P., por tiempo indefinido, ya que el industrial, si bien le participa 20% de las ganancias al profesional, gracias a la buena colocación que del producto se ha hecho en el mercado, su producción se ha visto

elevada. Por otro lado, parecería poco el 20% que recibe el profesional, pero debe de tomarse en cuenta que no tiene ninguna relación con la producción del producto, únicamente lo coloca en el mercado y prácticamente no ha realizado ninguna inversión para obtener dicha participación.

Como nos podemos dar cuenta, se pueden realizar un número indeterminado de operaciones de comercio o la dirección de una negociación mercantil durante largos períodos de tiempo, sin tener necesidad de constituir una sociedad, simplemente se crean derechos de crédito entre los otorgantes, de manera que se comprometen de forma recíproca entre ellos, a fin de que ambos se vean beneficiados económicamente por la asociación.

IV. Comparación sistemática con las sociedades mercantiles

Asociación en Participación	Sociedad Mercantil
No tiene personalidad jurídica propia	Sí la tiene
No tiene patrimonio propio	Sí lo tiene
No tiene razón o denominación social	Sí la tiene
No tiene domicilio	Sí lo tiene
No tiene nacionalidad	Sí la tiene
No requiere ser formalizada ante fedatario público	Sí lo requiere
No requiere de publicidad (solamente se vuelve obligatoria, en caso, de que la aportación del asociado sea de bienes muebles o inmuebles inscribibles)	Independientemente de lo que sea la aportación del socio o accionista requiere publicidad
Carácter bilateral entre las partes	Carácter bilateral entre los socios y entre éstos y la sociedad
Dirección corresponde de manera exclusiva al asociante	Dirección a cargo de los titulares de los órganos de representación
Se puede financiar únicamente con el crédito comercial, bancario, o del	Se puede financiar acudiendo al público, por medio de acciones u

asociado, que pueda recibir el asociante	obligaciones
Carácter oculto	Sí se manifiesta ante terceros
Carece del <i>affectio societatis</i> (intención de los otorgantes de constituir una persona moral)	Su elemento esencial es la <i>affectio societatis</i>
Se restituyen, en primer lugar, las aportaciones y luego las utilidades o dividendos	Se otorgan, en primer lugar, las utilidades o dividendos y luego las aportaciones.
La colaboración se presenta únicamente en el momento de la celebración	La colaboración se presenta en dos momentos diferentes: la celebración y la organización
Las partes no necesariamente participan en las utilidades o pérdidas del negocio, en proporción de sus aportaciones, sino que lo hacen en consideración de otros factores	Los socios o accionistas participan en las utilidades o pérdidas del negocio en la proporción que acrediten sus partes sociales o acciones
No requiere de asambleas para la toma de decisiones, ya que éstas, corresponden al asociante	Son obligatorias, por lo menos, las ordinarias
Al ser un negocio jurídico las partes determinan las consecuencias de Derecho que producen con la A. en P.	Las consecuencias de Derecho, están previamente determinadas por la ley, las partes solamente actualizan la hipótesis normativa
Bajo costo para su constitución	Resulta mucho más onerosa su constitución
Se liquidan operaciones, a fin de determinar los derechos y las obligaciones de las partes y, en su caso, el pago de utilidades	Si hay liquidación propiamente, ya que existe un patrimonio que liquidar y repartir
No requiere de liquidadores para la liquidación de operaciones	Es necesaria la actuación de liquidadores

V. Ventajas comparativas sobre las sociedades mercantiles

Una vez que se presentó la comparación sistemática entre las sociedades mercantiles y la A. en P., y nos pudimos dar cuenta que tienen una infinidad de diferencias, ahora nos avocaremos a señalar (las que a nuestro parecer pueden ser) las ventajas que reporta el celebrar un negocio de A. en P., en lugar de celebrar un contrato de sociedad.

a) Empecemos por el momento de constitución de ambas instituciones, si bien en los dos casos estamos hablando de actos constitutivos formales, también es cierto, que tienen una gran diferencia entre ellos.

La sociedad mercantil, debe de constar en instrumento público, formalizado ante fedatario público, además está sujeta a inscripción en el Registro Público de Comercio del domicilio de la sociedad, debe de contar con el permiso de la Secretaría de Relaciones Exteriores para la autorización de su denominación o razón social, en caso de inversión extranjera se tiene que dar aviso al Registro Nacional de Inversiones Extranjeras, se necesita un mínimo de capital social, un mínimo o máximo de socios, señalar órganos de administración, dirección, representación y vigilancia. Todo lo complejo que pueda resultar lo anterior resulta comprensible, en la inteligencia de que la ley, conoce de antemano la intención de las personas que celebran un contrato de sociedad, y que consiste en que, dichas personas que constituyen una sociedad, lo hacen con el propósito de que la misma perdure y crezca sin importar las personas que la constituyeron en un inicio, ya que las mismas pueden cambiar, o también otras ajenas que no la iniciaron, acceden a la misma.

En cambio, la A. en P. sólo debe de constar por escrito y no está sujeta a registro (a menos que el asociado transmita al asociante la propiedad de bienes muebles o inmuebles registrables o que se estipule el derecho de reversión de los bienes y la cláusula relativa se inscriba) únicamente se necesita que las partes acuerden el objeto de la A. en P. y las condiciones generales en que el negocio se desarrollará. De acuerdo a lo anterior, nos

podemos percatar que es mucho más económico y más rápido celebrar una A. en P. que constituir una sociedad, ya que no hay necesidad de pagar honorarios (fedatario), permisos, (permiso SRE), derechos de registro, etc. En cuanto a la celeridad de la A. en P. también representa una ventaja, ya que constituir una sociedad, actualmente lleva alrededor de un mes, mientras que una A. en P. puede ser celebrada de forma inmediata, lo anterior obedece a la premura con que se desarrolla actualmente el tráfico mercantil y como la A. en P. puede resultar ventajosa en ese aspecto.

b) En cuanto a su funcionamiento también difieren de forma sustancial. La sociedad mercantil cuenta con órganos de administración, dirección, representación y vigilancia, los cuales, tienen en todo momento, la autorización de dirigir en todos los sentidos los destinos de la sociedad respectiva. Además, cabe mencionar que las decisiones que se tomen en las sociedades es de manera colegiada, a través, de lo que la mayoría decida.

En la A. en P. la dirección y la gestión de la misma son responsabilidad exclusiva del asociante, ya que actúa en nombre propio y compromete su patrimonio en ello. Las decisiones se toman de forma unilateral y no de forma colegiada, lo que en determinado momento representa una forma de actuar más eficaz a los requerimientos que el tráfico mercantil actual representa. Tampoco se requieren, como en las sociedades, la existencia de asambleas de socios, ya que de la misma manera es el asociante quien sule dicha figura. Si bien, el asociado tiene un derecho de control sobre el asociante, éste solamente tiene que ver con la obligación de éste último de realizar la negociación mercantil o la operación de comercio, pues para eso precisamente le aportó los bienes. Pero en ningún momento fuera de ello tiene injerencia, ya que, como recordamos la negociación o la operación en cuanto a su realización, le corresponden de forma exclusiva al asociante.

c) Por último, en la disolución y liquidación de ambas instituciones, se presentan mayores puntos de contacto entre las mismas, ya que el art. 259 LGSM, establece que las A. en P. se disuelven y liquidan, a falta de estipulación de las partes, conforme a las disposiciones de las Sociedades en

Nombre Colectivo. Por ejemplo, si las partes no estipularan las causas de disolución de la A. en P., éstas serían las mismas de las que se contemplan para las sociedades en general (art. 229 LGSM).

La ventajas de la A. en P. se hacen notorias en primer lugar en la disolución, ya que si bien la disolución, en ambos casos sería por las mismas causas, en el caso de las sociedades dicha disolución se tiene que inscribir en Registro Público de Comercio. En segundo lugar, en la liquidación de las sociedades se debe de nombrar liquidadores (art. 235 LGSM), además de inscribir dicho nombramiento y el balance final, una vez aprobado en el Registro Público de Comercio.

Decimos que son ventajas ya que en el caso de la A. en P, al no estar sujeta a registro, no hay necesidad de consignar los anteriores acontecimientos en instrumentos públicos, resoluciones y providencias judiciales o administrativas certificadas o en documentos privados, ratificados ante fedatario o autoridad judicial competente (art. 25 CCo), lo cual incrementa los costos de la liquidación.

Capítulo IV

El ámbito fiscal causa de la extinción de la Asociación en Participación y posibles soluciones

I. Costo económico del derecho

En las últimas décadas (en países de tradición de *common law*, sobretodo) se ha despertado un gran interés entorno de la concepción económica del Derecho, es decir, en como la racionalidad económica puede influir en las legislaciones, y como, de acuerdo a muchos economistas, es precisamente la cuestión económica el factor predominante de que una ley regule de tal o cual manera a una determinada situación social, política o cultural de una sociedad.

Los especialistas que se han encargado de realizar el análisis económico del Derecho, nos dicen que en determinado momento, también ocurre lo inverso a lo comentado en el párrafo precedente, es decir, que sea la legislación la que determine las consecuencias económicas de la actividad productiva que regule, pero que en la mayoría de los casos, el legislador no toma en cuenta cual será el costo económico de la ley que entraría en vigor y como la misma puede determinar de forma clara la tendencia que dicha actividad productiva tendrá en el futuro, por ejemplo, que se incentive, que se limite, se termine con actividades monopólicas, se otorguen estímulos, etc.

En el caso de la A. en P., como lo hemos visto, a partir del 1º de Enero de 2004 se le otorga para efectos fiscales personalidad jurídica a la misma, de modo que en adelante, tributa como persona moral. Como también se ha mencionado, lo anterior se reformó como una supuesta solución para terminar con la elusión fiscal, que realizaban los contribuyentes con la celebración de éste negocio, en lugar de la utilización de las sociedades mercantiles. Si bien en materia fiscal ese fue el razonamiento del legislador, es decir, evitar la falta de pago de contribuciones, dándole la personalidad jurídica, lo único que se logró es que las partes de la asociación, tributaran en muchos casos, dos veces por el mismo ingreso, lo cual, evidentemente desestimuló la utilización de la asociación, ya que ahora, no solamente las partes estaban sometidos a las fluctuaciones y a los riesgos propios del mercado, sino también, a una carga tributaria excesiva.

Lo anterior es un claro ejemplo del costo económico del Derecho, puesto que el legislador, solamente tomó en cuenta un aspecto, si bien importante de la A. en P., a saber el ámbito fiscal, no lo hizo de forma integral, sin medir las consecuencias que la personalidad jurídica le traería aparejada a la A. en P., ya que pasó de ser una excelente forma de introducir en el mercado capitales ociosos, poniéndolos en manos de personas que los pudieran explotar, compartiendo con el socio capitalista las ganancias, además de económico, flexible e ideal para capitales pequeños, en una institución que prácticamente ha desaparecido de la utilización cotidiana en el tráfico comercial, perdiendo con ello, una parte del dinamismo económico que la utilización de la A. en P.

podiera representar en la economía nacional, y que aunado al sinnúmero de disposiciones que de la misma manera, limitan el desarrollo económico de diversas instituciones jurídicas, provocan (por lo menos en cierta medida) que la economía nacional no tenga el crecimiento óptimo. Sobre la importancia de la economía y sus repercusiones en el Derecho:

“...podemos decir que la economía ofrece una teoría del comportamiento para pronosticar cómo respoderán los individuos ante los cambios de las leyes...Además de una teoría científica del comportamiento, la economía ofrece un criterio normativo útil para la evaluación del derecho y de las políticas públicas. Las leyes no son sólo argumentos técnicos: son instrumentos para lograr importantes metas sociales. A fin de conocer los efectos de las leyes en esas metas, los jueces y otros legisladores deben de poseer un método para evaluar los efectos de las leyes sobre importantes valores sociales. (método que es claro que el legislador no previó en la reforma de la cual es objeto la A. en P.) La economía pronostica los efectos de las políticas sobre la eficiencia, la cual es siempre relevante para la elaboración de las mismas, ya que siempre es mejor el logro de cualquier política a un costo menor.”¹⁰⁶

En el caso de la A. en P. no se tuvo ese cuidado que indica el párrafo precedente, ya que, el legislador previó una reforma que elevara los niveles de recaudación de contribuciones dándole personalidad jurídica a la A. en P., sin prever las consecuencias de carácter económico que dicha reforma traería aparejada, ya que no se pronosticó quien soportaría realmente la carga de diversos impuestos.

II. Mala regulación tributaria

Como en su momento lo dijimos, la A. en P. ha sido víctima de una redefinición para efectos fiscales, lo que en determinado momento, le ha costado a las personas que celebren hoy en día éste negocio, un pago

¹⁰⁶ Cooter, Robert y Ulen, Thomas, *Derecho y Economía*, trad. de Eduardo L. Suárez, México, Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 14.

excesivo de contribuciones, falta de oportunidad para hacer deducibles las pérdidas fiscales, falta de oportunidad para acreditar pagos de impuestos, entre otros. Después de realizar el análisis correspondiente del ámbito fiscal actual de la A. en P., hemos llegado a la conclusión que dicho aspecto se vería en franca mejoría con la supresión de los siguientes artículos de las leyes fiscales:

1) Eliminación del art. 17-B del Código Fiscal de la Federación y del art. 8 de la Ley del Impuesto sobre la Renta en lo conducente a la Asociación en Participación (personalidad).

En ambos supuestos se le otorga, para efectos fiscales, personalidad jurídica a la A. en P. que realice actividades empresariales en México. Todos los problemas comentados en el Título III del presente trabajo, se presentan por darle a la A. en P. el tratamiento fiscal de las personas morales, sin tener personalidad propia en nuestro derecho, salvo en el ámbito fiscal.

Las razones por las cuales no debe de tratarse fiscalmente a la A. en P. como persona moral, son las mismas que en su oportunidad se dieron para prescindir de las unidades económicas sin personalidad jurídica, como sujetos del impuesto sobre la renta que entró en vigor a partir del 1º de Enero de 1981 y esas razones son primordialmente:

- a) No es conveniente crear una persona moral restringida al campo del Derecho fiscal, pues las consecuencias de la personalidad trascienden necesariamente a todo el Derecho.
- b) Si el Derecho le atribuye personalidad jurídica a las personas morales, lo hace siempre organizándolas, señalando los derechos y obligaciones de los sujetos y precisando los órganos de la misma. En cambio, la A. en P. es un negocio, en el cual, los otorgantes participan en las utilidades o pérdidas de una negociación mercantil o de una operación de comercio, conforme a lo acordado por ellos.

2) Eliminación de la fracc. XVII del art. 26 del Código Fiscal de la Federación. (solidaridad)

La solidaridad consiste en una forma de asegurar el pago al o a los acreedores y de acuerdo a ella, no existe la división respecto al crédito o la deuda, sino que, por el contrario, la prestación debe ser íntegramente pagada por el único deudor a cualesquiera de los acreedores, o como en la A. en P., por alguno de los deudores (asociado y asociante) al único acreedor (fisco). También dentro de las reglas generales de la solidaridad, tenemos que la misma no se presume, resulta de la ley o de la voluntad de las partes. (art. 1988 CCF).

De acuerdo a lo anterior, tenemos que el citado art. 26 fracc. XVII del CFF, establece que en la A. en P., los asociados son solidariamente responsables con los asociantes, en la parte del interés fiscal que no alcance a ser garantizada por los bienes de la misma, siempre que la A. en P., (entiéndase el asociante) no solicite su inscripción al RFC, cambie su domicilio sin presentar el aviso correspondiente o no lleve contabilidad, la oculte o la destruya.

Cabe recordar que de acuerdo al Derecho Común, los bienes que aporta el asociado al asociante en virtud de la A. en P., sólo se transmitirán en caso de que se haya estipulado al momento de suscribir el negocio. De acuerdo al art. 26 fracc. XVII del CFF, el asociado será responsable solidario de las contribuciones no solventadas por el asociante en la parte del interés fiscal que no alcance a ser garantizado por los bienes de la misma. Como podemos observar esos bienes que responderían para garantizar el interés fiscal, también fueron aportados por el asociado, de modo que, aunque no incumpla con los requisitos de la fracción III del art. 26 CFF, indirectamente sigue siendo obligado solidario, si bien no él directamente, pero sí sus bienes, en caso de que haya decidido conservar la propiedad, por lo que creemos conveniente que en el momento que se celebre la A. en P. se transmita la propiedad de los bienes al asociante. Pero una vez más, al asociante y al

asociado se les imponen obligaciones adicionales que hacen que se pierda el interés por celebrar una A. en P.

Resulta absurda la solidaridad, a nuestra manera de ver, ya que el asociante es el único que encabeza y dirige la negociación o la operación de comercio objeto de la A. en P., actúa por nombre propio, y nunca como representante de la propia A. en P. o del asociado, además responde de las obligaciones generadas por su actuación en la A. en P. con todo su patrimonio, en cambio con la disposición de la citada fracc. XVII del art. 26 del CFF, se invierten los papeles, ya que si el asociante no entera las contribuciones que surgen de la actividad de la A. en P. son los bienes de la misma, es decir, aquéllos que el asociado aportó a la asociación, los que garantizarán el interés fiscal. Y no siendo suficiente lo anterior, incluso si se incumplen los supuestos de la fracc. III del art. 26 del CFF, también el asociado será obligado solidario hasta el monto de su aportación.

Para el asociado pierde interés celebrar una A. en P. cuando su aportación corre el riesgo de no regresar a su patrimonio, por una actitud negligente del asociante, quien no solventó los pagos de las contribuciones como corresponde. Sería suficiente, como ocurre en materia mercantil, que sea únicamente el patrimonio del asociante, que en un momento dado, respondiera por el interés fiscal, y no involucrar la aportación del asociado en garantizar el interés fiscal.

III. Tratamiento fiscal congruente. Transparencia fiscal para el resurgimiento de la Asociación en Participación

Una de las consecuencias de otorgarle la personalidad jurídica a la A. en P, ha sido que desaparezca prácticamente la asociación , porque ya nadie la celebra, ya que muchas de sus ventajas que resultaban de su celebración, es decir, lo económico, lo sencillo, lo rápido y la versatilidad con que se podía realizar cualquier negocio u operación de comercio, desaparecieron al ser equiparadas por la materia fiscal, con las sociedades mercantiles, cuando, como vimos, parecen ser más sus diferencias que las similitudes entre ellas.

Debido a que no pueden ser reguladas de manera idéntica, puesto que son evidentes las grandes diferencias que la A. en P. reporta con las sociedades mercantiles, desde el momento de su nacimiento, organización, funcionamiento, disolución y liquidación, es necesario darle a la A. en P. un tratamiento fiscal congruente, que vaya acorde a sus características tan propias y únicas. Con lo anterior, no sugerimos que las partes en dicho negocio no paguen sus contribuciones, al contrario, se debe de modificar su régimen fiscal de modo que los otorgantes no perciban que la carga fiscal es de cierto modo insoportable, que deciden mejor no celebrar la A. en P., sino que cada elemento personal del negocio tribute, en la proporción y de manera equitativa que le corresponde.

No es necesario crear un nuevo régimen fiscal para la A. en P., sino regresar al régimen de transparencia fiscal, que estuvo vigente hasta el 31 de Diciembre de 1998, en el cual se consideraba que el impuesto sobre la renta lo causaban el asociante y el asociado por la utilidad fiscal del ejercicio proveniente de las actividades empresariales, realizadas en la asociación, en la proporción en la cual participaba cada uno de ellos en dicha utilidad, conforme a lo acordado por las partes o lo dictado por la ley, porque éste tratamiento es congruente con las características jurídicas de la A. en P. Además de darle éste tratamiento fiscal, se le deberían hacerle algunas modificaciones.

1. La pérdida fiscal del ejercicio incurrida en la A. en P. sólo podría ser disminuida de las utilidades fiscales obtenidas en la propia asociación y al terminarse o rescindirse el negocio, serían deducibles para el asociante y el asociado las pérdidas que no hubiesen podido deducir en la A. en P., en la proporción que les corresponde a cada uno de ellos, conforme a lo acordado o lo dispuesto por la ley, hasta por el monto actualizado de sus aportaciones a la A. en P. no recuperado.
2. Para determinar el monto de las pérdidas no deducidas en la asociación que podrían deducir el asociante y el asociado en lo individual al terminarse o rescindirse el negocio, el asociante llevaría

cuentas de capital de aportación individuales por cada uno de los asociados y él mismo en las que se registrarían las aportaciones a la asociación y se restarían de ellas las cantidades entregadas al asociado, provenientes de las actividades de la A. en P.

3. El asociante y los asociados acumularían a sus demás ingresos el resultado fiscal del ejercicio de la negociación o de la operación realizada en la A. en P. y, acreditarían contra el impuesto sobre la renta a su cargo, los pagos provisionales efectuados en la A. en P., en la proporción en que participen en las utilidades.

Con las modificaciones anteriores el asociado y el asociante podrían determinar correctamente su resultado fiscal, considerando la deducción de las pérdidas fiscales incurridas en ejercicios anteriores en la misma asociación, en caso de haberlas tenido; sería acumulable para el asociante y el asociado dicho resultado fiscal, en la proporción en que a cada uno le corresponde; y al terminarse o rescindirse la asociación serían deducibles para ambos, las pérdidas fiscales que no se pudiesen deducir en la asociación, hasta por el monto actualizado de sus aportaciones a la asociación no recuperadas.

BIBLIOGRAFÍA

Albaladejo, Manuel, *El Negocio Jurídico*, Barcelona, Bosch, 1958.

Barrera Graf, Jorge, *Instituciones de Derecho Mercantil*, México, Ed. Porrúa, 1999.

Betti, Emilio, *Teoría General del Negocio Jurídico*, trad.esp a la 2ª ed italiana, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1959.

Carvallo Yañez, Erick y Lara Treviño Enrique, *Formulario Teórico-Práctico de Contratos Mercantiles*, 5ª ed., México, Ed. Porrúa, 2007.

De Castro y Bravo, Federico, *El Negocio Jurídico*, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1971.

Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *Derecho Civil (Parte general, personas, cosas, negocio jurídico e invalidez)*, 9ª ed., México, Ed. Porrúa, 2003.

————— *El Fideicomiso*, 11ª ed., México, Ed. Porrúa, 2006.

Galindo Sifuentes, Ernesto, *Derecho Mercantil*, México, Ed. Porrúa, 2004.

García Rendón, Manuel, *Sociedades Mercantiles*, 2ª ed., México, Ed. Oxford University Press, 1999.

Garrigues, Joaquín, *Curso de Derecho Mercantil*, 9ª ed., México, Ed. Porrúa, 1998, t.II.

León Tovar, Soyla H., *Contratos Mercantiles*, México, Ed. Oxford University Press, 2004.

————— *La Asociación en Participación en el Derecho Mexicano*, Tesis, México, 1981.

Luna Guerra, Antonio, Régimen Fiscal de la Asociación en Participación, México, Ed. ISEF, 2007.

Mantilla Molina, Roberto, Derecho Mercantil, 30ª ed., México, Ed. Porrúa, 2006.

Margáin Manautou, Emilio, Introducción al Estudio del Derecho Tributario Mexicano, 17ª ed., México, Ed. Porrúa, 2004.

Ortiz Urquidi, Raúl, Derecho Civil, 2ª ed., México, Ed. Porrúa, 1982

Posner, Richard A., El Análisis Económico del Derecho, Trad. Eduardo L. Suárez, México, Fondo de Cultura Económica, 2000.

Reyes Mora, Oswaldo, Contrato Mercantil de Asociación en Participación, México, Ed. Pac, 1991.

Rodríguez Lobato, Raúl, Derecho Fiscal, 2ª ed., México, Ed. Oxford University Press, 2007.

Roemer, Andrés, Introducción al Análisis Económico del Derecho, Trad. José Luis Pérez Hernández, México, Fondo de Cultura Económica, 1998.

Rojina Villegas, Rafael, Compendio de Derecho Civil, 37ª ed., México, Ed. Porrúa, 2006, t.I y t. III, 26ª ed., 2006.

Sánchez Medal, Ramón, De los Contratos Civiles, 21ª ed., México, Ed. Porrúa, 2005.

Trueba Fano, José Manuel, Tratamiento Fiscal de la Asociación en Participación, México, Ed. Themis, 2004.

Vásquez Del Mercado, Oscar, Contratos Mercantiles, 14^a ed., México, Ed. Porrúa, 2006.

Zamora y Valencia, Miguel Ángel, Contratos Civiles, 11^a ed., México, Ed. Porrúa, 2007.