



UNIVERSIDAD PANAMERICANA
SEDE GUADALAJARA

ANALISIS JURIDICO DEL CONTRATO DE ASOCIACION
EN PARTICIPACION Y ALGUNOS DE SUS ASPECTOS
PRACTICOS.

JOSE DE JESUS GONZALEZ SANCHEZ

Tesis presentada para optar por el título de Licenciado en
Derecho con reconocimiento de Validez
Oficial de Estudios de la SECRETARIA DE EDUCACION PUBLICA,
según acuerdo número 86809 con fecha 13-VIII-86.

ZAPOPAN, JAL. JUNIO DE 1994



54718

Advento
228
C.79



UNIVERSIDAD PANAMERICANA
SEDE GUADALAJARA
BIBLIOTECA

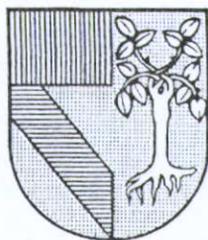
CLASIF: TE DEP 1994 60w

ADQUIS: 54718 : CJ-3

FECHA: 14/09/04

DONATIVO DE gub. de H. 523

\$ _____



UNIVERSIDAD PANAMERICANA

SEDE GUADALAJARA

ANALISIS JURIDICO DEL CONTRATO DE ASOCIACION
EN PARTICIPACION Y ALGUNOS DE SUS ASPECTOS
PRACTICOS.

JOSE DE JESUS GONZALEZ SANCHEZ

Tesis presentada para optar por el titulo de Licenciado en
Derecho con Reconocimiento de Validez
Oficial de Estudios de la SECRETARIA DE EDUCACION PUBLICA,
según acuerdo número 86809 con fecha 13-VIII-86.

Zapopan, Jal., JUNIO de 1994



UNIVERSIDAD PANAMERICANA GUADALAJARA

PROLONGACION CALZADA CIRCUNVALACION PONIENTE No. 49
CD. GRANJA 45010 ZAPOPAN, JAL.
TELS. 627-12-09, 627-13-31 y 627-19-80

Junio de 1994

COMITE DE EXAMENES PROFESIONALES
P R E S E N T E

Muy señores nuestros:

Les comunico que el Sr. JOSE DE JESUS GONZALEZ SANCHEZ, ha terminado su proyecto de tesis titulada: ANALISIS JURIDICO DEL CONTRATO DE ASOCIACION EN PARTICIPACION Y ALGUNOS DE SUS ASPECTOS PRACTICOS.

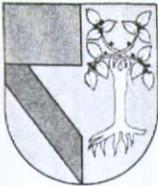
La elaboración de la tesis ha sido aprobada, por lo que les comunico a ustedes se sigan los pasos necesarios para la conclusión de dicho trabajo.

Agradeciendo de antemano la atención al presente, me despido.

A t e n t a m e n t e



LIC. ALBERTO JOSE ALARCON MENCHACA



UNIVERSIDAD PANAMERICANA

SEDE GUADALAJARA

PROLONGACION CALZADA CIRCUNVALACION PONIENTE No. 49
CD. GRANJA 45010 ZAPOPAN, JAL. MEXICO
TELS: 679-07-08 679-07-07 FAX 679-07-09

DICTAMEN DEL TRABAJO DE TITULACION

C. Sr. JOSE DE JESUS GONZALEZ SANCHEZ

P r e s e n t e .

En mi calidad de Presidente de la Comisión de Exámenes Profesionales y después de haber analizado el trabajo de titulación en la alternativa TESIS titulado: ANALISIS JURIDICO DEL CONTRATO DE ASOCIACION EN PARTICIPACION Y ALGUNOS DE SUS ASPECTOS PRACTICOS presentado por usted, le manifiesto que reúne los requisitos a que obligan los reglamentos en vigor para ser presentado ante el H. jurado del Examen Profesional, por lo que deberá entregar siete ejemplares como parte de su expediente al solicitar el examen.

ATENTAMENTE

EL PRESIDENTE DE LA COMISION

DR. JUAN DE LA BORBOLLA R.

Zapopan, Jal., a 22 de junio de 1994

*A ti Annie, el verdadero motivo
para realizar este trabajo.*

I N D I C E G E N E R A L

<i>INTRODUCCION</i>	4
<i>CAPITULO I. ANTECEDENTES</i>	7
<i>CAPITULO II. CONCEPTO</i>	13
<i>CAPITULO III. NATURALEZA JURIDICA DEL CONTRATO</i>	19
<i>CAPITULO IV. CLASIFICACION</i>	26
<i>CAPITULO V. ELEMENTOS PERSONALES</i>	30
<i>CAPITULO VI. ELEMENTOS REALES</i>	33
<i>A) Aportaciones del Asociado</i>	33
<i>B) Realización de actos o bien, del negocio mercantil permanente por parte del Asociante</i>	35
<i>C) Afán de lucro</i>	36
<i>CAPITULO VII. ELEMENTOS FORMALES</i>	39
<i>CAPITULO VIII. OBLIGACIONES</i>	42
<i>A) Asociante</i>	42
<i>B) Asociado</i>	46
<i>CAPITULO IX. DERECHOS</i>	49
<i>A) Asociante</i>	49
<i>B) Asociado</i>	51

CAPITULO X. EFECTOS DE LA ASOCIACION EN PARTICIPACION	54
A) Frente a terceros	54
B) Ganancias y pérdidas	58
C) La inversión extranjera en la Asociación en Participación ...	60
D) Modos de terminación	62
E) Liquidación	67
CAPITULO XI. JURISPRUDENCIA	69
CAPITULO XII. ELEMENTOS PRACTICOS DEL CONTRATO DE ASOCIACION EN PARTICIPACION	75
CAPITULO XIII. ASPECTO FISCAL	80
A) Generalidades	80
B) La Ley del Impuesto Sobre la Renta	81
1.- Cumplimiento de obligaciones por parte del Asociante	83
2.- La utilidad o pérdida	84
3.- Actividad empresarial, los ingresos de personas físicas .	85
4.- El momento de reparto de utilidades o pérdidas	87
5.- Presunción de la enajenación de los bienes aportados ...	88
6.- Pagos provisionales	89
7.- Declaración	90
8.- Asociados con residencia en el extranjero	91
9.- Pagos provisionales a cargo de los Asociados residentes en el extranjero	92
10.- Asociante residente en el extranjero	92
11.- Responsabilidad del Asociado	93
12.- Otras obligaciones	94
CONCLUSION	97
BIBLIOGRAFIA	101

ABREVIATURAS UTILIZADAS

<i>L.G.S.M.</i>	<i>Ley General de Sociedades Mercantiles.</i>
<i>L.I.S.R.</i>	<i>Ley del Impuesto sobre la Renta.</i>
<i>I.S.R.</i>	<i>Impuesto sobre la Renta.</i>
<i>C.F.F.</i>	<i>Código Fiscal de la Federación.</i>
<i>L.I.E.</i>	<i>Ley de Inversiones Extranjeras</i>
<i>L.I.V.A.</i>	<i>Ley de Impuesto al Valor Agregado.</i>
<i>A. en P.</i>	<i>Asociación en Participación</i>
<i>C. de C.</i>	<i>Código de Comercio</i>
<i>Fracc. o fracc.</i>	<i>Fracción</i>
<i>ART. o Art.</i>	<i>Artículo</i>

I N T R O D U C C I O N

Por naturaleza el ser humano en determinadas circunstancias busca agruparse con otros de su misma especie con el único fin de realizar una actividad específica, sea esta; social, cultural, deportiva o económica. Basta dar un vistazo al transcurso de la historia para darnos cuenta de que muchos actos, sucesos y acontecimientos han sido ejecutados por diversos grupos de personas, donde cada uno de ellos aporta algo de sí para alcanzar el fin pre-establecido.

La tendencia del ser humano de realizar una actividad concreta y en conjunto, ha originado que los tratadistas y legisladores de todos los tiempos se hayan preocupado por dar una estructura jurídica a dichas agrupaciones, mediante la cual se ha permitido establecer los preceptos legales y ordenamientos que las regulen.

En la actualidad un gran porcentaje de los negocios que se llevan a cabo en nuestro país y en todo el mundo se realizan uniendo los intereses de grupos de personas que buscan un fin específico, el cual es obtener un beneficio económico, razón por la cual, en general las diversas legislaturas del mundo y en particular la nuestra ha tenido que regular dichas formas de agrupación mediante la aplicación de muy variadas normas jurídicas. Entre toda esa gama de formas de agrupación que existen en el Derecho Mercantil Mexicano se encuentra el Contrato de Asociación en Participación.

Si bien es cierto que el Contrato de Asociación en Participación es una figura que tiene mucho tiempo plasmada en nuestro ordenamiento jurídico, no menos cierto es el hecho de que son pocas las personas físicas ó morales que la utilizan con la finalidad de llevar a cabo sus proyectos, y en cambio, otras figuras jurídicas vienen a la vida operativa en grandes cantidades, pudiendo estas no ser la mejor opción para el negocio que se desea efectuar o el fin mercantil que se desea alcanzar, esto se debe a que tanto los empresarios como los asesores no han sabido aprovechar las ventajas que les pueden brindar o simplemente los riesgos que se pueden diversificar al celebrar el Contrato de Asociación en Participación, por lo que, única y exclusivamente se concretan a estructurar los negocios de conformidad con los formatos legales que se han venido acostumbrando.

Es por todo lo anteriormente expuesto, que ha surgido la inquietud de proponer la utilización del Contrato de Asociación en Participación como otra herramienta en la planeación, desarrollo y ejecución de los negocios del lector.

A través del capitulado se busca establecer el marco jurídico, mercantil y práctico de esta figura, determinando desde el inicio el concepto del mismo mediante un repaso por los códigos extranjeros y mexicanos de diversas épocas, y que hacen mención a este instrumento legal.

De la misma forma ahondaremos en la naturaleza jurídica del Contrato de Asociación en Participación, para poder entender con mayor claridad la esencia de la figura jurídica en comento. El capítulo que contempla la naturaleza jurídica es en mi opinión una de las mas importantes de la presente tesis, ya que del mismo se derivan en cierta forma los demás.

Dentro del presente trabajo se especifican cuales son los requisitos que se deben de cumplir para contratar a través de la Asociación en Participación, así como también, quiénes son las partes que intervienen en él y como intervienen, se determinan las consecuencias legales que originaría el optar por esta figura jurídica como medio para desarrollar actividades que busquen un beneficio económico, y a la vez plasmar soluciones a las limitaciones que conlleva el celebrar éste instrumento legal.

Es necesario analizar la Ley del Impuesto sobre la Renta y el Código Fiscal de la Federación, para poder determinar en forma global lo que representa la Asociación en Participación para el lector que busca llevar a cabo sus negocios a través de ella, razón por la que existe en la presente tesis un capítulo en concreto sobre el aspecto fiscal.

Considero pertinente darle una visión práctica y global al análisis del contrato en este documento, ya que la mayoría de los autores y tratadistas del tema solo lo hacen desde la perspectiva mercantil.

De todo lo anteriormente expuesto se puede desprender que, con este trabajo pretendo hacer un análisis objetivo y práctico de lo es el Contrato de Asociación en Participación pero de una forma integral, es decir, contemplando tanto el ámbito jurídico mercantil como el fiscal, lo cual tiene como finalidad visualizar dicho instrumento en forma integral, buscando con esto, dar respuestas prácticas a las necesidades de orden jurídico y comercial que se presentan en nuestro entorno social.

Es por último mi deseo concientizar al Abogado y al Profesionista en general de las bondades y beneficios que representa el llevar a cabo los negocios comerciales a través del Contrato de Asociación en Participación, y no solo eso, sino también especificar claramente a los amantes del derecho que este instrumento no es la panacea de la actualidad, ya que mas bien es una herramienta que en ocasiones muy claras y concretas beneficia a las personas que intervienen en el mismo.

CAPITULO I. ANTECEDENTES

Me permito hacer mención al lector que la finalidad de este breve señalamiento de antecedentes, es sentar las bases de lo que ha sido el Contrato de Asociación en Participación en el transcurso de la historia, así como también el determinar las características del mismo en los múltiples códigos extranjeros de diversas épocas; para que de esa forma al entrar al estudio de dicha figura jurídica en nuestra legislación, se nos facilite la comprensión del mismo.

El Contrato de Asociación en Participación como se le conoce en el Derecho Positivo Mexicano y plasmado en la L.G.S.M., encuentra su antecedente mercantil directo más remoto, en la edad media y en específico en lo que se conocía como la "Commenda", consistente en "la participación de un capitalista (Commendator) en la especulación de un comerciante (Tractor), encomendándole aquel a este mercancias para la venta, o bien, dinero para la compra de tales mercancias" (1). De aquí se puede resaltar la idea de que el comerciante se exteriorizaba ante terceras personas como comerciante individual, mientras que el capitalista se mantenía alejado y oculto ante los demás; con lo que dedujimos que era aquel el que respondía de todos los actos ante las terceras personas y tenía obligación además, de enterarle las ganancias correspondientes a éste; precisamente, es en términos generales esta idea la que se sigue aplicando en la actualidad en el Derecho Mexicano.

En el Código de Comercio Español de 1829 se plasmó jurídicamente esa forma de realizar negocios dándole el nombre de Sociedad Accidental o Cuentas en Participación, donde se determinaba como requisito indispensable el que las partes fueran comerciantes, "mediante la cual algunos de estos se podía interesar en operaciones de otro, contribuyendo para ello con la parte de capital que convenga y haciéndose participe de sus resultados propios o adversos, y bajo la proporción que se determinara" (2). Si bien es cierto que al establecerse esta figura jurídica, desde un principio se preocuparon por dejar muy claras algunas ideas como era el caso de que no se debía de usar un nombre o razón comercial para esta participación de comerciantes en un negocio, también es igual de cierto, el hecho de que no se determinaban ampliamente los criterios a seguir, esto con base en que no se hacía una diferencia entre las funciones de unos y otros. Además, en la definición sólo se explicaba que eran partícipes en operaciones aisladas, lo cual nos da a entender que se refería a

(1) GARRIGUES, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil, Porrúa, 6ta. Edición, México, 1986, Pag. 56

(2) BARRERA GRAF, Jorge. Instituciones de Derecho Mexicano, Porrúa, 2da. Edición, México, 1991, Pag. 234

negocios muy concretos y con una vida activa muy reducida, con lo que definitivamente se puede concluir que el Código de Comercio Español de 1829 limitaba el uso de la misma, y a su vez dejaba muchas interrogantes como es el caso de darle vida práctica; es con el transcurso de los años cuando se fueron encontrando soluciones jurídicas a tales incertidumbres.

En lo que se refiere a la Legislación Mexicana, es en 1854 a través del primer Código de Comercio donde se le daba forma jurídica a dicha manera de llevar a cabo actos mercantiles, y se le denominó "Asociación en Participación", y al igual que el Código de Comercio Español de 1829 sólo se preocupaba por plasmar la idea, pero no profundizaban en ella. Aunque es notable reconocer que una gran aportación del Código de Comercio Mexicano de 1854, es que se dejó claro el concepto de que el comerciante es quien dirige la operación, es el gestor único y el facultado para realizar cualquier acción en contra de terceras personas, dicha aportación ha sido de gran importancia, ya que con esto se daba la pauta para entender de una manera más clara cuales eran las funciones de cada una de las partes.

En el año de 1873 en Bélgica "se hace distinción entre dos clases de participación, la oculta y la momentánea" (3), con lo cual se esclarecía aún más el campo de aplicación de ésta figura jurídica, puesto que la participación oculta se refería a la forma de intervenir de una persona (asociado) en la empresa de un comerciante (asociante) sin importar la duración que tuviera ésta, mientras que la momentánea buscaba darle participación a la persona (asociado) que aportaba algo en las operaciones aisladas del comerciante (asociante). El analizar estos conceptos estipulados por las leyes belgas nos hace ver la doble función que tiene en la actualidad la Asociación en Participación, ya sea para uno o varios actos comerciales momentáneos o bien, para un negocio mercantil permanente.

Ahora bien, es el Código de Comercio Mexicano de 1884 el que ya contemplaba que la Asociación en Participación "era una asociación momentánea, pero con la posibilidad de que se incluyeran en ella una o varias operaciones comerciales" (4). Esta idea fue tomada del Código de Comercio Italiano de 1882, que además aportó también el hecho de que, no era necesario que los que llevaban a cabo el negocio (asociantes) fueran comerciantes, tal y como lo exigía el Código de Comercio Español de 1829 y nuestra legislación de 1854, dando margen a que cualquier persona pudiera asociarse con otra con el fin de

(3) RIPERT, George. Tratado Elemental de Derecho Comercial, Tomo II, Traducido por Felipe del Solá Cañizares, TEA, 2da. Edición, Argentina, 1954, Pag. 150

(4) BARRERA GRAF, Jorge. Ob. cit. Pag. 235

obtener beneficios económicos. El comentario hecho por el tratadista Barrera Graf al referirse al Código de Comercio Italiano de 1882, es que el artículo 236 "preveía que en las relaciones con los asociados se puede estipular que los bienes aportados por este, sean restituidos in natura, o en su defecto tengan derecho al resarcimiento por daños, agregando que el derecho del asociado comprende el valor de las cosas aportadas y el de las utilidades o pérdidas" (5).

Como se puede ver, poco a poco con las aportaciones de los diversos Códigos de Comercio se va determinando claramente las cualidades y características que deben de tener las partes dentro del Contrato de Asociación en Participación, consistentes en: que el Asociante realiza los actos en nombre propio, no siendo necesario que este sea comerciante, así como también la posibilidad de que se participe o intervenga de una manera oculta o momentánea a los asociados, y a su vez le sean restituidos los bienes aportados por estos.

El Código de Comercio Mexicano de 1890 sigue haciendo mención al Contrato de Asociación en Participación con el único detalle de que "distingua las Asociaciones ocultas de las Asociaciones momentáneas, lo cual no sucedía en el Código de Comercio de 1884, ni tampoco en la vigente L.G.S.M." (6), lo anterior lejos de crear confusión, da una idea mas clara, puesto que a pesar de que en esa época (1890), existían dos tendencias doctrinales para conceptualizar la forma de asociarse con un fin mercantil; una la momentánea y otra la oculta, que a largo plazo y como lo explicaremos más adelante se fundirían en una sola figura.

Es hasta la elaboración de la L.G.S.M. de nuestro país, publicada el día 4 de Agosto de 1934, donde el Contrato de Asociación en Participación contemplada por los artículos del 252 al 259, reconoce las dos tendencias doctrinales a que hemos venido haciendo mención, y en un afán de dar una supuesta claridad y facilidad al negociante, las engloba en un sólo contrato, el de Asociación en Participación. Es decir, que a partir de la entrada en vigencia de esta ley, la figura jurídica en comento, contempla tanto la asociación momentánea como la asociación oculta.

Notoriamente indispensable es en mi opinión, el que antes de realizar el desarrollo teórico-práctico del Contrato de Asociación en Participación en México, se debe saber bajo que situación jurídica se encontraba dicha figura en el Derecho Positivo de diversos países, con el único fin de comprender de una manera más fácil el contenido de este trabajo.

(5) *Idem*

(6) *Ibidem*, pag. 236

La diversidad de enfoques y tendencias es en la actualidad lo que rige a esta figura puesto que en Alemania el Código de Comercio "limita la hipótesis de que la sociedad oculta o tácita se refiere a la participación de una persona (asociado) en la empresa de un comerciante, excluyendo con esto las operaciones aisladas, cuando esto sucede no se clasifica como una sociedad tácita u oculta sino como una sociedad civil ocasional" (7). Con lo cual vemos una diferencia clara de las dos tendencias a que hemos venido haciendo mención, no siendo este el criterio adoptado por el Derecho Positivo Italiano que al igual que el Mexicano, contempla en la figura de la Asociación en Participación el supuesto de que una persona intervenga en la empresa o bien en una o varias operaciones aisladas de otra persona, y a la vez aclara que puede existir la posibilidad de que sean dos o más personas (asociados) las que intervengan en la empresa o en una o varias actividades comerciales de otra.

El objetivo que se pretende alcanzar con esta tesis, hace que no podamos simplemente quedarnos con el aspecto jurídico mercantil del Contrato de Asociación en Participación, por lo cual el aspecto fiscal viene a ser un complemento y a la vez una continuidad del entorno global que hay que analizar para valorar en toda su dimensión al multicitado Contrato.

Como en todas las figuras jurídicas contempladas en la Legislación Mexicana, es hasta hace aproximadamente dos décadas que los asesores y empresarios toman en consideración las consecuencias fiscales que puede ocasionar el hecho de optar por una forma de estructurar su actividad, y a este cambio no se excluye la Asociación en Participación.

No podemos dejar de mencionar que el Contrato de Asociación en Participación ha sido desde tiempo atrás regulado por la legislación fiscal mexicana a través de lo que se conocía como el Impuesto del Timbre, que es el actualmente llamado Impuesto sobre la Renta. Pero es principalmente en 1981 en la ya mencionada L.I.S.R. que se establecen concretamente los lineamientos y las consecuencias de carácter fiscal que ocasiona el celebrar este contrato.

Es válido el cuestionarse ¿por qué el Contrato de Asociación en Participación es regulado por normas jurídicas de carácter fiscal?, si es simplemente un "acuerdo entre dos partes, donde una de ellas (asociante) concede a otras (asociados) que le aportan bienes o servicios, una participación en las utilidades o pérdidas de una negociación mercantil o de una o varias operaciones de comercio" (8).

(7) GARRIGUES, Joaquín. Ob. cit. Pag. 59

(8) REYES MORA, Oswaldo. Contrato de Asociación en Participación, PAC, México, 1991, Pag. 4

Es por la sencilla razón de que como los fines que se buscan al celebrar ese contrato son meramente mercantiles es decir obtener utilidades o en su caso pérdidas y con esto una afectación de los ingresos o egresos de las personas contratantes, cuestión por la que definitivamente se cae en los supuestos de carácter tributario, ya que la L.I.S.R. grava los ingresos que obtienen las personas sean estas físicas o morales.

No debemos quedarnos con la idea errónea de que por obligaciones de carácter fiscal, debemos de entender única y exclusivamente el pago de los diversos impuestos, sino que además, existen una serie de obligaciones de carácter meramente formal que debemos cumplir y estas suelen ser de igual importancia que las de enterar las contribuciones respectivas al fisco.

Es de esta forma, como podemos deducir que el aspecto jurídico mercantil en combinación con el entorno fiscal de este Contrato, son de necesarísimo estudio para aventurarse en la celebración de los negocios cotidianos a través de la Asociación en Participación, puesto que si no fuesen contemplados estos dos aspectos de una manera integrada, invariablemente los participantes en ella no obtendrían el beneficio deseado.

En conclusión podemos mencionar que las principales aportaciones que se han efectuado durante el transcurso de la historia y a través de las diversas legislaciones sean estas de nuestro país o extranjeras respecto del Contrato de Asociación en Participación, son las siguientes:

- Es un Contrato, que no tiene personalidad jurídica propia, ni denominación social.

- Puede utilizarse para realizar empresas, o una o varias actividades de carácter mercantil.

- El que realiza la empresa o bien, el acto o actos (asociante) es el único facultado para actuar en nombre propio en la relación ante terceros y no es necesario que sea comerciante.

- Pueden ser uno o varios (asociados) los que intervengan aportando algo de sí a otro.

- El asociado se beneficia de las utilidades de la empresa, del acto, actos, o bien de las pérdidas.

- Es necesario que se pretenda un beneficio de carácter mercantil, es decir especulativo.

- Es una realidad actual que para aventurarse en cualquier negocio se deben de contemplar primeramente las consecuencias mercantiles y fiscales que éste puede ocasionar.

- El Contrato de Asociación en Participación por su carácter mercantil es regulado y contemplado por la L.I.S.R., y sin olvidarse de la L.I.V.A. y del C.F.F..

- Existen además de las obligaciones de dar (pagar o deducir impuestos en su caso), las de hacer (cumplir con los aspectos formales establecidos).

CAPITULO II. CONCEPTO

El Contrato de Asociación en Participación, a partir del 4 de Agosto de 1934 es regulado por la L.G.S.M., dentro del capítulo XIII y en específico por los artículos 252 al 259, siendo el primero de estos el que nos da la definición: "la Asociación en Participación es un contrato mediante el cual una persona concede a otras que le aportan bienes o servicios una participación en las utilidades y pérdidas de una negociación mercantil o de una o varias operaciones de comercio".

De la definición anterior se puede desprender la idea de que, existen dos partes importantes que intervienen en el contrato: el Asociante que puede ser una persona física o moral y el cual conserva el carácter singular, mientras que por otro lado el Asociado, que puede estar formada por una pluralidad de personas también físicas o morales aunque estas conformen un sólo bloque (9).

Las personas que celebran el Contrato de Asociación en Participación pueden ser físicas y/o morales, sean estos en calidad de Asociante o de Asociados, por lo que, una sociedad mercantil puede asociarse para realizar una o varias actividades, o bien para ejercitar el comercio con una o varias sociedades mercantiles, o con una o varias personas físicas o tal vez con una pluralidad de ambas, bastando para tales efectos que tengan capacidad necesaria para realizar actos de comercio (10).

Al hacer mención de que el Asociante concede a el o los Asociados una participación en las utilidades o en las pérdidas, se debe de entender simple y llanamente que el Asociado en un determinado momento va a recibir por parte del Asociante, un porcentaje previamente establecido de las utilidades o absorber en su caso, una parte de las pérdidas que hayan resultado del negocio o actividad para el que se hubiera asociado.

De esta misma definición, se desprende que es un requisito "sine qua non", el hecho de que el Asociado aporte bienes o servicios al Asociante, para que este a su vez, en el momento oportuno le entere la parte que le corresponde de las utilidades o de las pérdidas.

(9) DIAZ BRAVO, Agustín. Contratos Mercantiles, Colección de Textos Jurídicos Universitarios, 3ra. Edición, México, 1989, Pag. 262

(10) VIVANTE, Cesar. Tratado de Derecho Mercantil, Traducido por Ricardo Espejo Hinojosa, Tomo II, Reus, España, 1932, Pag. 576

Como lo explicaré en el capítulo de los elementos reales, los bienes a que se hace mención en la definición son simple y sencillamente todos aquellos bienes muebles o inmuebles que de acuerdo a las leyes no están excluidos del comercio, también deben de entenderse como aportables los créditos que existen a favor del Asociado, sin olvidar por supuesto que los bienes pueden ser aportados en las diversas modalidades que se contemplan a través de los títulos jurídicos, dentro de los servicios entrarían todas aquellas obligaciones de hacer que las leyes permitan y en un momento dado, inclusive las de no hacer.

La última parte del artículo 252 de la L.G.S.M. hace referencia a la duración de la relación contractual, pudiendo establecerse que sea por tiempo indeterminado como sería el caso de explotar un negocio mercantil permanente, de tal forma que mientras dure tal negocio continuará la Asociación en Participación a menos que se hubiese establecido pacto en contrario, o en su caso, para uno o varios actos determinados, esporádicos y concretos. Con eso vemos la existencia de las ya comentadas asociaciones momentáneas (actos concretos) y asociaciones ocultas (negocio permanente).

Si nos concretamos simplemente al análisis de la definición que nos da la Legislación Mexicana, y no ahondáramos en los conceptos que nos ofrecen los diversos tratadistas respecto de lo que es la Asociación en Participación, restringiríamos lo que es el campo de aplicación de la misma y lo cual demeritaría en mucho el objeto de este trabajo, razón por la cual me permito ahora citar las definiciones que nos dan algunos autores al respecto:

Nos dice Barrera Graf "a virtud de la Asociación en Participación, una persona llamada Asociante recibe de otra (u otras) y que se les llama Asociados, bienes o servicios a cambio de una participación en las utilidades o pérdidas que aquella obtenga ya sea al explotar la negociación mercantil o al realizar uno o varios negocios mercantiles"(11).

Es de resaltarse según el concepto de Barrera Graf que la parte Asociada puede constituirse con una o varias personas, además, el Asociado participa a aquel del resultado obtenido.

Reyes Mora dice que "la Asociación en Participación es un Contrato Mercantil en el cual dos o más personas aportan sus capitales o sus esfuerzos, o ambas cosas, para destinarlos a un fin común, lícito, y con el objeto de obtener un lucro repartible acorde a las condiciones y términos convenidos" (12).

(11) BARRERA GRAF, Jorge. Ob. cit., Pag. 233

(12) REYES MORA, Oswaldo. Ob. cit. Pag. 5

Este tratadista nos da una aportación práctica, la cual puede servir de mucho al lector; y es el hecho de que la Asociación en Participación sea un contrato mercantil, y que además con afán de lucro, es decir, celebrado con la intención de obtener ganancias. Hay que entender que el carácter mercantil no lo da el hecho de que sea un comerciante, sino que la peculiaridad viene de la situación de que ya sea esporádicamente o permanentemente una persona efectúe actos o negocios que son reputados como mercantiles, de acuerdo con los artículos 4 y 75 del Código de Comercio Mexicano.

Podemos considerar, que en la práctica puede ser que tanto el Asociante como el Asociado no solamente deseen obtener ganancias al celebrar este contrato, sino que puede suceder que pretendan además, distribuir los riesgos que representa el realizar uno o varios actos mercantiles, o aventurarse en un negocio mercantil permanente, con esto quiero decir que las intenciones que tienen las partes al celebrar el Contrato de Asociación en Participación no son única y exclusivamente, aunque sí indispensables, el obtener utilidades, pero pueden ir acompañadas del deseo de compartir el riesgo que origina el o los actos, o negocios mercantiles.

En tanto Angel Caso define a la Asociación en Participación como "Un Contrato en virtud del cual, una o más personas, denominadas asociados, aportan a otra u otras denominadas asociantes, bienes o servicios, para uno o más actos jurídicos comerciales, quedando sujeto los asociados a participar en las ganancias y a sufrir las pérdidas que en el negocio haya" (13). La definición anteriormente expuesta aporta, por un lado ideas que se prestan a confusión, mientras que otras son de atinado comentario.

Es confusa la definición anterior ya que en ningún momento determina con claridad que esta figura jurídica pueda ser utilizada para uno o varios actos mercantiles, o bien para un negocio mercantil permanente, y si bien en su definición hace mención a los dos, no es atinado en mencionar la doble utilidad de la Asociación en Participación; además, reconoce la posible existencia de dos o más personas que actúen en calidad de asociantes. Fráncamente no encuentro la razón de su dicho, a menos que parta de la premisa de que si el concepto de sociedad es ilimitado, por qué el de asociación es limitado; lo cual también sería equívoco pensar, puesto que como se demostrará más adelante (Naturaleza Jurídica) si bien es cierto que la Asociación en Participación tiene peculiaridades de las sociedades mercantiles, no debe por eso considerarse como tal y por lo tanto no es correcto pensar que puedan existir varios asociantes.

(13) CASO, Angel. Derecho Mercantil, Cultura, México, 1939, Pag. 187

Es acertada la misma, en el sentido de decir que los asociados pueden participar de las ganancias o sufrir de las pérdidas, ya que con eso se ve más clara la idea expuesta por un servidor en párrafos anteriores, en lo que se refiere a que muchas veces la intención de celebrar este contrato no solamente es para buscar beneficios, sino además, para correr un riesgo compartido, lo que viene a dar un sentido más práctico a la figura jurídica de la Asociación en Participación, y es originado por la circunstancia de que las inversiones que son necesarias en la actualidad para llevar a cabo actos mercantiles o negocios de la misma naturaleza resultan ser cuantiosas, además de que los riesgos reflejados económicamente suelen ir a la par del monto invertido.

Ahora bien, no nos podemos quedar con la idea que se nos da con las diversas definiciones de la Asociación en Participación, sino que es estrictamente indispensable el complementar el concepto con el análisis de otros artículos aplicables.

Algo perfectamente claro es que el asociante es quien recibe por parte del o los asociados, la aportación en cualesquiera de las modalidades de bienes, sean estos tangibles o intangibles e inclusive servicios, y como lo establece el artículo 256 de la L.G.S.M., el Asociante actúa en nombre propio siendo el único obligado responsable ante terceras personas, esto en combinación con lo expuesto por el artículo 253 de la citada ley, donde se hace mención que la Asociación en Participación no tiene personalidad jurídica propia, ni razón o denominación social; nos da una visión más entera del Contrato de Asociación en Participación.

Del análisis de los artículos anteriores podemos deducir, que al no existir personalidad jurídica, ni patrimonio propio, ni denominación o razón social al celebrarse el Contrato de Asociación en Participación, nos lleva a entender que "no se crea una nueva persona jurídica y por lo tanto no puede haber ni hay ningún tipo de relación jurídica entre la parte Asociada y las terceras personas, siendo el Asociante quién actúa en nombre propio" (14).

Con las aportaciones que hacen el o los Asociados al Asociante, no se crea un fondo común sino que se transmite al patrimonio de este último, y siendo además, quien se ostente ante terceras personas como dueño y quien ejerza los derechos y cumpla con las obligaciones, y solamente el y los asociados participan de las utilidades o sufran de las pérdidas que se originen con los actos o negocios mercantiles.

(14) Idem, Pag. 186

Con lo anterior no se debe de entender que el Asociante puede actuar libremente, puesto que éste tiene la obligación de rendir cuentas al Asociado, por lo que los terceros ajenos sólo ven en aquel a la persona que dirige, administra y se responsabiliza ante ellos. Sucede lo mismo respecto de los individuos con los que el Asociante contrata; llámeseles empleados, fisco, proveedores, o clientes. Razón por la que los asociados no se relacionan con las terceras personas que hubiesen celebrado alguna operación con el Asociante. Es por todo lo anterior que este último actúa y se relaciona en nombre propio con terceros, y no en calidad de mandatario o en nombre y representación del asociado, o de una sociedad.

Para dar un mayor entendimiento de lo que es la Asociación en Participación, quiero hacer referencia a la exposición de motivos que se originó debido a la promulgación de la L.G.S.M., donde se dice, que la Asociación en Participación "como bien es sabido está regulada muy defectuosamente por el Código de Comercio. La ley sin alterar la estructura de dichas Asociaciones, perfectamente definida tanto por la doctrina como por las legislaciones extranjeras, se preocupó por corregir las imperfecciones del código, y por llenar sus graves lagunas" (15).

Sabemos por lo explicado en el capítulo de antecedentes del presente trabajo que con esta nueva L.G.S.M., se incluyó en una sola figura jurídica lo que en otros países (Derecho Alemán) se contempla en dos: asociación momentánea y permanente. Pero no con eso, como pretende argumentar la exposición de motivos, se llenaron las lagunas existentes con anterioridad y menos cierto es el hecho de que se encuentra perfectamente definida por las legislaciones extranjeras ya que existen diversos criterio encontrados al respecto, como se verá en el capítulo de la naturaleza jurídica.

Es aplicable al caso transcribir una Jurisprudencia, la cual dice a la letra "ASOCIACION EN PARTICIPACION.- La Asociación en Participación es un contrato celebrado entre dos o mas individuos o entidades por un tiempo determinado o indeterminado para llevar a cabo uno o varios negocios a nombre propio del socio gerente que hace suyo los aportes de los participantes a quienes tiene la obligación de rendir cuentas de su derecho de crédito y entregarles todo lo que les corresponda, y los que contratan con este socio no tienen ninguna acción jurídica en contra de los participantes" (16). Es acertada la definición ofrecida por dicha jurisprudencia, aunque no deja muy en claro quienes son las partes contratantes de la Asociación en Participación.

(15) Legislación Mercantil y Leyes Conexas, Tomo I, Edición Andrade, Exposición de motivos, Pag. 362

(16) TELLES ULLOA, Marco Antonio. Jurisprudencia Mercantil Mexicana, Tomo I, Libros de México, México, 1983, Pag. 261

Es de concluirse, analizando todo lo anteriormente expuesto que:

- Existen dos partes que intervienen en este contrato, Asociante y Asociado(s).

- Pudiendo ser estas partes tanto Personas físicas como Personas Morales.

- Invariadamente el Asociante es sólo una Persona (Física o Moral), mientras que el Asociado puede ser una o varias.

- Se pueden realizar uno o varios actos mercantiles, o bien un negocio mercantil permanente .

- El o los Asociado aportan bienes o servicios y en cualesquier título jurídico permitido por la ley.

- Como finalidad, no sólo se debe de entender el repartirse utilidades, sino la posibilidad de aminorar las pérdidas en caso de que existan entre dos o más personas.

- No tiene personalidad jurídica propia, ni denominación o razón social, y no existe patrimonio en común.

- El Asociante actúa en nombre propio y por lo tanto no hay relación entre terceras personas y el o los Asociados.

Una vez que hemos analizado las diversas definiciones externadas por diversos autores, me permito dar una definición que considero adecuada para la Asociación en Participación:

La Asociación en Participación es un contrato que celebran dos partes, el Asociante quien necesariamente debe de ser una sola persona, y por la otra, el Asociado que se integra por una o varias personas y que mediante las aportaciones de éste, aquel lleva a cabo uno o varios actos mercantiles o un negocio mercantil permanente pero siempre en nombre propio, y en su momento oportuno le participe al Asociado de las utilidades o pérdidas correspondientes, y le haga entrega de todo lo que le corresponda.

CAPITULO III. NATURALEZA JURIDICA

Este es uno de los aspectos más controvertidos que existen por lo que respecta al Contrato de Asociación en Participación, debido a que encontramos dos tendencias en sentidos opuestos. Mientras algunos consideran a la Asociación en Participación como una verdadera sociedad y por lo tanto le reconocen tal carácter, otros opinan en el sentido opuesto y son los que sostienen que no tiene carácter societario sino meramente contractual.

Ante tal diversidad de opiniones y criterios me voy a permitir desarrollar brevemente las dos tendencias, y con esto tratar de llegar a un razonamiento justificado de la naturaleza jurídica del Contrato de Asociación en Participación.

Es principalmente sustentada por autores extranjeros la teoría que le reconoce un carácter de sociedad. Ripert nos dice "siempre ha estado fuera de duda que la Asociación en Participación es a pesar de su denominación, una verdadera sociedad" (17), y su justificación pretende ser, el hecho de que son sociedades que no se revelan ante terceras personas, en otras palabras surten efecto entre los socios (partes del Contrato de Asociación en Participación) pero no da nacimiento de una persona moral, sino que sólo crea obligaciones entre los contratantes. Es apoyado en su criterio Ripert, por parte de la corriente moderna de la doctrina francesa, quienes además sostienen que "la sociedad en participación debe de ser formada únicamente para una operación comercial o para algunas operaciones de cierta duración. Existen viejos fallos que rehusan a admitir que la sociedad constituida para una empresa permanente sea en participación, en realidad hay aquí una consecuencia de falta de personalidad y no una regla jurídica. Es difícil concebir una empresa comercial de larga duración sin persona moral que la realice" (18).

Resumiendo un poco las ideas de los tratadistas de la corriente moderna de la doctrina francesa y en especial las de Ripert. Nos dan a entender que definitivamente su opinión es que sí es una sociedad, aunque no una persona moral, motivo por el que sólo origina obligaciones entre los que intervienen, también afirman que esta sociedad sólo se debe de utilizar para actos mercantiles muy concretos y no en negocios permanentes, dado que, nos es fácil entender un negocio comercial de larga duración sin una persona moral.

(17) RIPERT, George. Ob. cit. Pag. 151

(18) Ibidem, Pag. 152

Otro tratadista que afirma que la Asociación en Participación es una verdadera sociedad es Malagarriga, quien afirma que "nos encontramos ante una verdadera sociedad, generalmente desconocida ante terceros" (19). Funda su dicho, diciendo que "para que surja un sujeto de derecho independiente de la personalidad de los que concurren a constituirla, basta que se presenten en el caso tres elementos: 1.- Fondo Común, 2.- Participación en los resultados de las actividades y 3.- Reconocimiento propio en la calidad de socios" (20).

Este autor Argentino resta importancia al hecho de no exteriorizarse como sociedad ante terceros, a que no tiene personalidad jurídica, y a todas las demás peculiaridades del Contrato en comento, mientras que asegura, que lo más importante deben ser los tres elementos mencionados anteriormente.

El criterio de que la Asociación en Participación es una especie de sociedad mercantil, es principalmente sostenida en nuestro país por el tratadista Mantilla Molina, quien nos dice al respecto, "la Asociación en Participación queda comprendida dentro del concepto general de sociedades, con sus caracteres que la diferencian de las demás sociedades stricto sensu" (21), y esta aseveración la sostiene con base en que "se persigue un fin mercantil consistente en repartir utilidades, tal como explotar una negociación mercantil o celebrar una o varios actos de comercio" (22), argumentando éste último también, que la figura en comento tiene la peculiaridad de que no se exterioriza ante terceras personas como una sociedad mercantil.

Analizando las opiniones que dan los diversos tratadistas, en el sentido de que la Asociación en Participación es una sociedad mercantil, se puede concluir que dichos autores expuestos en líneas anteriores fundan sus argumento en lo siguientes ideas:

- Son sociedades que no se revelan ante terceras personas, y estas sólo originan efectos entre las partes que se asocian.

- Lo que las caracteriza como sociedades es que buscan un fin común y la participación de los resultados de las actividades mercantiles.

(19) MALAGARRIGA, Carlos. Tratado Elemental del Derecho Comercial, Tomo I, TEA, 3ra. Edición, Argentina, 1963, Pag. 322

(20) *Ibidem*, Pag. 321

(21) MANTILLA MOLINA, Roberto. Derecho Mercantil, Porrúa, 2ªva. Edición, México, 1980, Pag. 185

(22) *Ibidem*, No. 230, Pag. 175

Es necesario ahora, profundizar un poco en la teoría que le niega el carácter de sociedad a la Asociación en Participación, siendo Vivanti uno de sus defensores, "la Asociación de Cuentas en Participación es un contrato análogo al de sociedades, y se diferencia de esta, por que no se trata de crear una persona jurídica distinta de los contratantes, sino que agota su finalidad en las recíprocas relaciones de éstos" (23), razón por la cual, para este tratadista el hecho de una mera similitud en algunas circunstancias, es lo que hace que muchos equivocadamente la ligen como figura accesoria al de la sociedad, pero que al finalizar su análisis sobre la naturaleza jurídica, concluye pensando que definitivamente no es una sociedad por la falta de personalidad jurídica, el cual, considera como elemento esencial de toda sociedad mercantil.

En igual sentido opina Angel Caso al decirnos que "de la anterior definición se desprende que lo que distingue a esta Asociación de las sociedades mercantiles, es lo que forma la esencia misma de la participación, es decir, que no constituye una personalidad jurídica diferente de las partes contratantes"(24), al igual que Vivanti, Angel Caso toma como su principal argumento que las Asociaciones en Participación no tienen personalidad jurídica, ni patrimonio propio.

Es el tratadista español Vicente Gella quien, aporta aseverando que la Asociación en Participación "cuya función económica es análoga al de las sociedades, pero se diferencia fundamentalmente por que no se crea personalidad jurídica, no existe razón ni firma social, y no hay lugar a una razón directa del socio contra las personas con quien el comerciante contrato, ni de estas contra aquel" (25), a la vez comenta que en el Código Mexicano como en otros Códigos, la Asociación en Participación se encuentra regulada a continuación de las sociedades mercantiles y bajo el mismo concepto, lo que origina que muchas veces sean analizadas a la par, y concluye diciendo "es muy similar a la sociedad de comandita simple, pero es separado por las características anteriores" (26).

Es clara la pretensión que da éste tratadista, pues se refiere a que existe una cierta similitud con las sociedades mercantiles y en especial con la de comandita simple, pero a raíz de tres razones establecidas en el párrafo anterior, hace que se desvie de ser una sociedad mercantil.

(23) VIVANTE, Cesar. Ob. cit., Pag. 575

(24) CASO, Angel. Ob. cit., Pag. 187

(25) VICENTE GELLA, Agustín. Introducción al Derecho Mercantil Comparado, Labor, 2da. Edición, España, 1934, Pag. 291

(26) *Ibidem*, Pag. 292

Es en términos generales, la falta de personalidad jurídica el argumento más contundente junto con la no existencia de un patrimonio propio, la que sostienen los tratadistas que opinan que no es una sociedad.

En mi opinión, no se puede considerar al Contrato de Asociación en Participación como una sociedad, sino más bien como simplemente de carácter contractual mismo que trataré de exponer a continuación.

No es posible del todo aceptar las afirmaciones de Ripert, por que su principal fundamento para determinar que es una sociedad mercantil, es el carácter que de tal le dio la ley de 1921 (artículo 49, párrafo 1), el cual no se aplica a nuestra legislación positiva puesto que en ningún apartado se le cataloga como tal, además, la realidad es que a sido perfectamente válido y práctico el hecho de que se celebren contratos de Asociación en Participación y por consiguiente, sin personalidad jurídica propia con la única finalidad de llevar a cabo negocios mercantiles, duraderos y permanentes.

Malagarriga como mencionamos anteriormente dice que, para que exista sociedad y nazca un sujeto de derecho independiente de la personalidad de los que la constituyen basta que se cumpla con los elementos enumerados. Yo me pregunto, como se puede crear un sujeto de derecho independiente de los que lo constituyen, si no hay personalidad jurídica propia de aquel, por lo que resulta ilógico que afirme que se crea una sociedad sólo por que hay una finalidad común, pero no un fondo común como argumentaba el tratadista argentino, por que jurídicamente los bienes pasan a ser propiedad del asociante, con algunas restricciones (posiblemente), es inadmisibile que Malagarriga quisiera sostener que nace un nuevo sujeto de derechos sin que tenga una personalidad jurídica propia de él, además, la Asociación en Participación no se realiza con la intención de crear una nueva persona.

Tampoco es de contundencia lo afirmado por Mantilla Molina, puesto que no se puede hablar de dos figuras dependiendo de quien sea el que las vea, si es una tercera persona entonces no hay sociedad, o bien una de las partes contratantes entonces sí hay sociedad.

Me parece un poco más acertado, el pensar que el Contrato de Asociación en Participación no es un a sociedad a pesar de que tiene algunas semejanzas a estas, como son entre otras, estar regulado por lo que se establece para la sociedad en nombre colectivo siempre y cuando no se oponga a lo ya establecido para la Asociación en Participación.

Por que no se le puede considerar sociedad:

a.- Por que tanto el Asociante como el o los Asociados al celebrar el contrato, no es su intención ni pretenden crear una persona moral, cosa que invariablemente sucede con todo tipo de sociedades.

b.- Al celebrar el Contrato de Asociación en Participación no se va a originar un fondo común, ni un capital social, sino que pasará a manos del Asociante.

c.- La Asociación en Participación no tiene personalidad jurídica propia, por la única razón de que no es necesario hacer valer los derechos o cumplir las obligaciones de alguien que no existe.

d.- Como carece de personalidad jurídica, en consecuencia tampoco existe denominación o razón social de acuerdo con lo que se establece en el artículo 253 de la L.G.S.M., por lo que, no podemos darle nombre a algo que no tiene existencia.

e.- No hay en la Asociación en Participación órganos de cualesquier tipo, llámese junta, asamblea de socios, administrador, consejo de administración, órganos de vigilancia; lo cual también viene a demostrar, que no es una sociedad interna la cual no se exterioriza como tal ante terceros, puesto que ni entre los contratantes hay un manejo que se parezca a cualesquier tipo de sociedad, y esto se origina por la falta de personalidad jurídica propia, lo que se viene a complementar con lo que establece el artículo 256 de la L.G.S.M. respecto de que el Asociante es el que actúa en nombre propio.

f.- Las Asociaciones en Participación no tienen necesidad de ser inscritas en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio (Artículo 254 L.G.S.M.), siendo todo lo contrario en lo que respecta a las sociedades mercantiles quiénes si se tiene la obligación de inscripción.

No puede considerarse al Contrato de Asociación en Participación como una sociedad oculta, debido a que la característica esencial de dichas sociedades es el hecho de que no se exteriorizan ante terceros como tales, pero en el ambito interno (partes integrantes) existe una intencionalidad de crear una sociedad, situación que no sucede en el Contrato de Asociación en Participación puesto que ni entre las partes existe la intención de constituir dicha sociedad.

Considero de suma trascendencia el valorar la affectio societatis, puesto que éste es un requisito para la celebración de los contratos de sociedad, es decir que para que exista una sociedad es necesario que las partes tengan affectio societatis, y la cual se

puede definir como "la voluntad de los socios de formar parte de una sociedad, de constituir dentro de ella una relación permante y adquirir el status de socio; o sea, el conjunto de derechos y obligaciones que le es propio" (27). Si bien es cierto que se puede pensar en que existe una búsqueda de los mismos intereses, participación en las utilidades o repartirse las pérdidas, la clave estriba en que no es aplicable esa voluntad de formar una sociedad, es decir, que no existe una intención, y se ve reflejada en que el Asociante es el único que se exterioriza como dueño de la negociación mercantil, con lo cual, no se ve el ánimo de formar una sociedad mercantil.

A todo lo dispuesto por éste capítulo viene a adherirse la tesis que dice: "ASOCIACION EN PARTICIPACION.- La Asociación en Participación no constituye una sociedad, de las reconocidas como tales en la L.G.S.M., siendo el contenido del artículo 252 de la propia ley, no es más que un contrato por medio del cual una persona (física o moral) concede a otras que le aportan bienes o servicios una participación en las utilidades o pérdidas de una negociación mercantil o en una o varias operaciones de comercio. Esta clase de Asociación no tiene personalidad jurídica propia ni razón social o denominación, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 253 de la ley citada. de lo anterior se llega a la conclusión de que el Asociante y el Asociado no constituyen una unidad económica para llevar a cabo una explotación mercantil" (28).

Esta Jurisprudencia vista en forma conjunta con lo explicado de la *affectio societatis*, nos da un apoyo más para afirmar que, la Asociación en Participación no es una sociedad, puesto que al decir que el Asociante y el o los Asociados no constituyen una sociedad ni una unidad económica, queda en claro que tampoco es su intención de hacerlo.

Es de afirmarse que inclusive los legisladores que elaboraron la L.G.S.M., tampoco conceptualizaban a la Asociación en Participación como una sociedad, y por eso procuraron seguir manteniéndola sin personalidad jurídica propia, pues en la exposición de motivos de dicha ley se dice que "es conservado el principio de que todas las sociedades gozan de personalidad jurídica distinta de los sujetos físicos que la integran" (29), y por exclusión debemos entender que si no se tiene personalidad jurídica no se es sociedad.

(27) BARRERA GRAF, Jorge. Ob. cit. Pag. 269-270

(28) TELLES ULLOA, Marco Antonio. Ob. cit., Pag. 270

(29) Legislación Mercantil y Leyes Conexas, Tomo I, Ediciones Andrade, Exposición de Motivos, Pag. 351

Es importante mencionar que si los participantes (Asociante o Asociado) se ostentan como sociedad ante terceros, ya sea dándole una denominación o razón social a esta, o bien actuando en nombre y representación de la Asociación en Participación (es decir, reconociéndole tácitamente personalidad jurídica) estaríamos en el supuesto como correctamente se afirma de ser "una sociedad que tendría que ser mercantil por su carácter especulativo, e irregular por no estar inscrito en el Registro Público de la Propiedad" (30), esto es comprensible puesto como ya se vio anteriormente la Asociación en Participación no es una sociedad mercantil y de ningún otro tipo, pero si por cualesquier razón o circunstancia se ostentaran como tal ante terceras personas y por consecuencia celebrara actos jurídicos, estaríamos en el supuesto legal establecido por el artículo 2, párrafo II de la L.G.S.M. (Sociedades Irregulares). La razón de lo anterior se debe a que la ley le reconoce personalidad jurídica a las personas que se ostentan como sociedad mercantil sin serlo, y que además no están inscritas en el Registro Público de la Propiedad.

Por lo que es inevitable pensar las consecuencias jurídicas de tal supuesto. Si ambas partes del Contrato de Asociación en Participación se hubiesen ostentado como representantes de la supuesta sociedad, haría que la sociedad fuese de nombre colectivo, debido a la responsabilidad subsidiaria, solidaria e ilimitada que establece el párrafo 5 del artículo 2 de la L.G.S.M.; mientras que, si fuese sólo el Asociante el único que se ostentara ante terceras personas como supuesto representante legal de dicha sociedad, estaríamos ante una Sociedad en Comandita en la que éste sería el socio comanditado, mientras que el o los Asociados serían los comanditarios.

Los contratantes de la Asociación en Participación sean éstos Asociante o Asociado que no tengan culpa de tal externación, podrán exigir daños y perjuicios al o los que sí fuesen culpables.

Es en conclusión, que la Asociación en Participación no es una sociedad mercantil por todo lo expuesto, y en caso de que alguno o todos los contratantes se exteriorizaran como tal (sociedad mercantil), se ubicarían dentro de lo que nuestra legislación positiva conoce como sociedad irregular.

(30) BARRERA GRAF, Jorge. La Sociedad de Derecho Mercantil, U.N.A.M., México, 1983, Pag. 174

CAPITULO IV. CLASIFICACION

Dado que hemos concluido que la figura jurídica denominada Asociación en Participación es un contrato mercantil, debemos ahora determinar una clasificación práctica del mismo para facilitar así su entendimiento.

Existen diversos criterios que son utilizados para clasificar a los contratos, es decir, que no todos los tratadistas e incluso ni las legislaciones se ponen de acuerdo en una forma similar de ordenar los mismos.

Con la única finalidad de utilizar una manera sencilla, práctica y entendible, me voy a permitir utilizar el sistema que tradicionalmente ha usado Sánchez Medal, y a raíz de él, una serie de autores más.

La clasificación de la Asociación en Participación nos va a permitir que entendamos toda su estructura jurídica, con lo que, al desarrollar posteriores capítulos podremos con mayor facilidad deducir el porqué es de tal o cual manera dicha figura.

a.- **Contrato Mercantil.** No podemos negar esta cualidad puesto que surge a simple vista, de acuerdo con el artículo 252 de la L.G.S.M. "es un contrato", y si lo relacionamos de manera supletoria con el Código Civil del Distrito Federal y en especial con el artículo 1793, entenderemos que es un contrato por el cual se producen y se transfieren derechos y obligaciones, con la característica de que tales, son recíprocos.

Como dice Barrera Graf: "se refiere a una empresa o negociación mercantil, o bien a uno o a varios actos mercantiles" (31). Como ya lo habíamos mencionado en capítulos anteriores la característica de mercantil, no se la da el sujeto que realiza el acto, sino que el acto mismo sea mercantil; es decir, puede suceder que las partes contratantes o simplemente una de ellas (asociante o asociado) no lleve a cabo el comercio en forma habitual y ordinaria, por lo que no son comerciantes, pero si el acto o el negocio es de carácter mercantil (artículo 75 del Código de Comercio), esto originaría que el contrato fuera mercantil. Ahora es de mencionarse que cuando se constituye una Asociación en Participación cuya finalidad es la de realizar un negocio permanente, éste último detalle le da la calidad

(31) BARRERA GRAF, Jorge. Ob. cit. Pag. 238

de comerciante a las partes (artículo 3, fracción I, Código de Comercio), porque se entiende que con esto, ellos de manera habitual realizan actos denominados de comercio.

b. - **Es consensual.** Debido a que la Asociación en Participación se perfecciona por el mero consentimiento de las partes, y esto lo podemos ver muy claramente ya que muchas veces el Asociado no entrega la propiedad del bien aportado, o en su caso el uso del mismo, sino que esto lo hace con posterioridad a la celebración del mismo. Al igual sucede cuando éste va a aportar a la Asociación de Participación trabajo, o simplemente va a aportar dinero en una fecha posterior o periódicamente, es decir, la Asociación en Participación surge a la vida jurídica cuando ambas partes llegan al acuerdo, y como sucede muchas veces, el Asociado se compromete a aportar un bien o servicio y no es necesario esperar la entrega del mismo, puesto que con la celebración del contrato, ya existe el compromiso por parte del Asociado de cumplir con su obligación. En conclusión existe contrato de Asociación de Participación desde que las partes, Asociado y Asociante llegan a un acuerdo de voluntades con ese fin.

c. - **Típico o nominado.** Puesto que esta cualidad se la viene a dar el hecho de que se conozcan por un nombre específico y determinado por la ley (Asociación en Participación), además se encuentran reglamentados por los artículos 252 al 259 de la L.G.S.M., aunque cabe mencionar que se aplica supletoriamente lo que se establece en la misma ley para las sociedades en nombre colectivo. En caso de que éste contrato no fuera regulado por una ley específica, o sea que fuera innominado o atípico, simplemente se estaría a lo que establecen los Principios Generales de los Contratos, y pudiera prestarse con esto, a confusiones o a diversas formas de interpretación.

d. - **Bilateral.** Por que como se establece en el artículo 252 de la L.G.S.M. "una persona que se llama Asociante, concede a otra u otras que se llaman Asociados...", y esto le da el carácter de bilateral, el Asociante y el Asociado. Evidente es lo anterior, cuando como parte Asociada sólo se encuentra una persona física o moral, pero se puede prestar a confusiones cuando en carácter de Asociado intervengan dos o más personas, por esto no debemos entender que existe una pluralidad de las partes, ya que a pesar de que en una de ellas se encuentran varias personas, siguen formando un bloque con similares intereses y con la peculiaridad de que todos aportan algo, siendo además visible que la bilateralidad se refleja en la circunstancia de que las obligaciones y los derechos de ambas partes son recíprocos y entre Asociante y Asociado, sin importar que éste último se conforme de varias personas, ya que todas tienen las mismas obligaciones, (aportar algo), y los mismos derechos (participar en utilidades o pérdidas), aunque tal aportación se hubiese realizado en diferentes formas y también la mencionada participación repercuta en diferentes proporciones. Además de lo anterior es bilateral, debido a que también

es sinalagmático, puesto que las obligaciones son recíprocas existiendo con esto un nexo de dualidad.

e.- Oneroso. Analizando el Contrato de Asociación en Participación y aplicando supletoriamente lo que establece el artículo 1837 del Código Civil para el Distrito Federal, resalta a la vista tal cualidad, en función de que los provechos y gravámenes son recíprocos entre las partes, existiendo tal situación para el Asociante cuando recibe la o las aportaciones a que está obligado el Asociado, mientras que para éste último es aplicable tal cualidad cuando es participado por parte de aquel en las utilidades o pérdidas del acto o actos mercantiles, o bien sea del negocio mercantil.

Sería muy diferente cuando sólo una de las partes, cualesquiera que fuera, tuviera sólo el provecho, ya que de ser así nos ubicaríamos dentro de los gratuitos.

f.- Aleatorios. Aunque existan autores como es el caso de DIAZ Bravo, opinando que el presente contrato es conmutativo, me inclino por decir que es aleatorio. Porque en efecto, al otorgarse la aportación, "ninguna de las dos partes puede estar cierta de que habrá beneficios y no pérdidas" (32), considero prudente agregar al respecto que si bien es cierto que en la Asociación en Participación es inevitable el saber que van a existir utilidades o pérdidas (se puede considerar que éste aspecto existe una certeza parcial), no podemos olvidar la peculiaridad de que lo que le hace ser a la Asociación en Participación un contrato aleatorio es, que está supeditado a un acontecimiento futuro e incierto; y mismo que es el hecho de que el resultado sea una utilidad o pérdida, es decir, que lo debemos de clasificar como aleatorio, puesto que no se puede determinar desde un principio y con claridad el resultado de dicho acto mercantil o del negocio comercial.

g.- Momentáneo o de tracto sucesivo. Al hablar de esta clasificación estamos supeditados a que existan o no algunas características en el Contrato de Asociación en Participación que se celebre.

Como se recuerda de la definición de éste contrato, resalta que el mismo puede ser aplicable tanto a un acto o actos mercantiles concretos, o bien, a una negociación mercantil permanente, siendo esta diferencia lo que nos da la pauta para determinar si es momentáneo o de tracto sucesivo.

(32) *Idem*

Es momentáneo cuando se lleva a cabo un Contrato de Asociación en Participación con la finalidad de realizar uno o varios actos mercantiles concretos, específicos y bien determinados; mientras que será de tracto sucesivo cuando tal figura jurídica se realiza con el objetivo de llevar a cabo un negocio mercantil permanente, razón por la cual, es momento a momento como se va realizando el objeto contractual.

h.- Traslato de dominio. Sucede tal característica a menos que en el contrato se establezca lo contrario, como resulta del hecho de transmitir única y exclusivamente el uso o goce del bien por la naturaleza jurídica del mismo, o que no se cumplan las formalidades requeridas, tal como sucede con los bienes inmuebles (inscripción en el Registro Público de la Propiedad).

Por último, puede suceder que en un mismo contrato se dé la característica de que se transmita y no se transmita la propiedad de los bienes aportados, y esto se debe a que si uno de los Asociados aporta al Asociante un bien traslativo de dominio, mientras que otro de aquellos aporta a éste, sólo el uso y goce de un bien; fundamentándose esto en que a pesar de que es un contrato bilateral razón por lo cual todos los asociados son una sola parte del contrato, esto no hace que exista interdependencia entre ellos (Asociados).

En conclusión, es un contrato mercantil, consensual, típico, bilateral, oneroso, aleatorio, momentáneo o de tracto sucesivo, pudiendo ser aunque no necesariamente traslativo de dominio y/o no traslativo de dominio.

CAPITULO V. ELEMENTOS PERSONALES

Es intención de éste capítulo determinar cuales son las partes que intervienen en el contrato de Asociación en Participación, así como también establecer las características que deben de tener cada una de ellas, sin olvidar la intencionalidad de las partes de obligarse contractualmente.

De acuerdo con la clasificación hecha en el capítulo anterior, la Asociación en Participación tiene la característica de ser bilateral, razón por la cual intervienen en ella dos partes; "el Asociante que siempre será singular (persona física o moral), y el Asociado, que puede estar constituido por una o varias personas físicas o jurídicas (pluralidad de asociados), pero que aún siendo dos o más, constituirán una sola parte frente a la cual el asociante se obliga o compartir las utilidades que obtenga"(33).

Es el Asociante como bien hemos venido diciendo, el que tiene la obligación de llevar a cabo por sí mismo o a través de un representante legal el o los actos de comercio, o bien el negocio mercantil, pero siempre actuando en nombre propio; y al finalizar éstos distribuir las utilidades o pérdidas en los términos estipulados entre las partes contratantes, pero siempre existiendo la peculiaridad de que solamente debe de ser uno, sin importar que sea persona física o moral .

Es el o los Asociados los que aportan algo de sí, buscando con esto que el Asociante les participe de las utilidades o pérdidas de los actos o negocio mercantil, existiendo la alternativa de que sólo sea uno el que se obligue en calidad de tal, o bien sean varios sin importar si son personas físicas o morales puesto que puede suceder que sean una combinación de estas dos.

Ahora bien, cuando sea una persona física la que intervenga ya sea en calidad de Asociante o de Asociado, deberá tener capacidad legal para ejercer el comercio y efectuarlo forma ordinaria (Art. 3, fracc. I, del C. de C.), o bien a pesar de no ser su actividad ordinaria, llevar a cabo en forma esporádica actos de comercio (Art. 4 del C. de C.); mientras que las personas morales, sean estas Asociantes o Asociados, deberán contemplar la posibilidad de realizar tales actos dentro de su objeto social (Art. 3, fracc. II, C. de C.), así como también que sus representantes legales tengan las facultades suficientes y necesarias para llevarlas a cabo en su nombre y representación. Al referirme a las personas que realizan en forma

(33) *Ibidem*, Pag. 239

esporádica o accidental alguna operación de comercio, contemplo el supuesto de aquellos sujetos que celebren un Contrato de Asociación en Participación con la finalidad de no realizar las operaciones objeto del contrato en forma permanente y consuetudinaria, sino de forma tal que cuando se presente la oportunidad del negocio, se tengan los elementos jurídicos para llevarla a cabo.

Además de esa capacidad de ambas partes de obligarse en los términos del multicitado contrato, es necesario que exista un consentimiento, el cual debe de externarse invariáblemente de manera expresa, así como también reflejarse en la voluntad de ambas partes de obligarse y en el acuerdo mismo de voluntades.

Esta voluntad de obligarse de ambas partes, se debe a que como el Contrato de Asociación en Participación es bilateral y sinalagmático, las obligaciones y derechos de cada uno de ellos son recíprocos, puesto que la obligación de uno repercute invariáblemente en el otro.

Es necesario que esta voluntad de obligarse sea real, que no hayan sido obligados, que no hubiese surgido ese consentimiento por un error, o simplemente por que no estaba en pleno uso de sus facultades, por lo que debe de existir un deseo verdadero y consiente de obligarse por ambas partes.

Debe ser de manera seria la voluntad de obligarse, por lo que, tanto el Asociante como el o los Asociados deben hacerse sabedores de que no pueden tomar en broma sus compromisos contractuales, siendo importante además, precisar las obligaciones, porque como se verá posteriormente esa voluntad reflejada en obligaciones se exterioriza por parte del Asociante en cumplir con el o los actos mercantiles o llevar a cabo el negocio mercantil y entregar las utilidades o repartir pérdidas; mientras que por otro lado las del o los Asociados se exteriorizan cumpliendo con las aportaciones convenidas, siendo estas últimas bienes o servicios.

Concluyendo con la voluntad de ambas partes de obligarse, debe de existir un verdadero deseo de comprometerse, debiendo tomarse en serio tal compromiso y por supuesto que se externe. Este mismo consentimiento para que sea de ambas partes (Asociante y Asociado), debe ser por un acuerdo de voluntades o una coincidencia en las mismas, razón por la que existe reciprocidad entre éstos, ya que el Asociante debe conocer las obligaciones del Asociado con la debida anticipación para de ser así, dar su consentimiento con base en ese acuerdo de voluntades, lo mismo sucede con el Asociado respecto del Asociante.

Es el consentimiento por todo lo anterior, un elemento personal que debe de ser contemplado por ambas partes, pero sin olvidar que esa aceptación expresa de los contratantes debe de ir en función de la voluntad de obligarse y de un acuerdo o conocimiento mutuo de voluntades.

Definitivamente no podemos considerar como un elemento personal del Contrato de Asociación en Participación a los terceros que realizan actos de comercio con el Asociante, puesto que éste es, el único obligado responsable ante terceros y no existe con lo cual, vínculo jurídico entre los terceros y los Asociados.

Dando una pequeña idea de lo que consiste los elementos personales del Contrato de Asociación en Participación podemos decir que invariáblemente existen dos partes en él (Asociante y Asociado), pudiendo ser éstos personas físicas como morales, por lo que es necesario que las primeras tengan la capacidad para realizar actos de comercio, mientras que las segundas deberán contemplar dicha actividad en su objeto social y que su representante tenga facultades suficientes para obligarla; por último, es necesario que exista un consentimiento expreso de las partes, mismo que deberá ir en función de la voluntad de obligarse de ambos, y de que exista un verdadero acuerdo.

CAPITULO VI. ELEMENTOS REALES

Una vez que hemos determinado que los elementos personales del contrato de Asociación en Participación son, el Asociante y el Asociado, así como la capacidad de éstos y su consentimiento, corresponde ahora determinar y explicar los elementos reales de la figura jurídica en comento.

Es necesario saber que los elementos objeto de análisis son el crear obligaciones y derechos. La obligación por una parte de hacer aportaciones y por la otra la realización de el o los actos mercantiles o ya sea del negocio comercial; y el derecho a las utilidades o pérdidas que se habían pactado (afán de lucro).

A.- Aportaciones del o los asociados.

Es importante hacer mención que las aportaciones que puede realizar el o los Asociados son en bienes o servicios.

Los bienes sean éstos muebles o inmuebles que se aportan, son todos aquellos que no están excluidos del comercio, sin importar bajo que título jurídico se llevan a cabo: propiedad, usufructo, uso, habitación, etc.. Siendo de primer orden, el especificar al momento de celebrarse el contrato, bajo que título jurídico se aportan los bienes, puesto que de no ser así, se presume que se transmite la propiedad (*iuris tantum*) al Asociante. Es de incluirse dentro de éste supuesto de bienes, todos los derechos de autor, de propiedad industrial, patentes, marcas, nombres comerciales, etc.

Ahora bien no se deberá de entender transmitida la propiedad del bien con respecto a los terceros:

- Siempre y cuando por la naturaleza del mismo se requiera de otra formalidad, como sucede en los bienes inmuebles (inscripción en el registro público de la propiedad), patentes, marcas, derechos de autor, etc. (Inscripción en el registro correspondiente).

- Cuando se estipule lo contrario, como sucede con la reserva de dominio, entrega en usufructo, uso, habitación, y se inscriba tal cláusula en el registro público del comercio del domicilio del Asociado.

- Cuando el tercero tiene conocimiento de que no se transmitió la propiedad del bien del Asociado al Asociante, y aún cuando no se hubiese inscrito tal cláusula en el Registro Público del Comercio.

Considero muy acertada la clasificación que realiza Reyes Mora al referirse a los bienes que pueden ser aportados por el Asociado al Asociante, puesto que independientemente de los bienes muebles (vehículos, maquinaria, embarcaciones, mercancías, etc.), y de los inmuebles (terrenos y construcciones); contempla patentes, licencias, concesiones, créditos y cualquier tipo de derechos en general (34); a pesar de que éstos últimos no son bienes corpóreos, también pueden ser sujetos de aprovechamiento; por lo que, la aportación de bienes no necesariamente tiene que ser de muebles o inmuebles, sino que tienen igual valor todos los derechos incluyendo los créditos.

Para mayor entendimiento me permito hacer cita de Vivante que nos dice: "por lo tanto el Asociante, como todo adquirente tiene derecho de hacer inscribir a su nombre en los registros públicos la adquisición de los bienes inmuebles, de las exclusivas independientes, así como de los derechos de autor, y de obtener las cosas muebles, y de los títulos al portador, el endoso de los títulos a la orden, la cesión de los títulos nominativos aportados por el Asociado" (35).

Dentro de las aportaciones que pueden efectuar, se encuentran también los servicios, lo cual ha sido para muchos tratadistas un tema de discusión para poder entender que tipo de éstos pueden ser aportables.

Para poder establecer los servicios o trabajos que pueden ser aportables debemos considerar en que calidad se prestan, puesto que el Asociado que aporta servicios actúa sin dirección, dependencia o subordinación respecto del Asociante (36). Es decir, los servicios o el trabajo que desean aportar uno o varios asociados dependerá de que se realicen o no con la característica de subordinación por parte de éste respecto del Asociante.

Es claro el hecho de que pueden considerarse aportaciones todo tipo de servicios o de trabajos que lleve a cabo el Asociado, pero siempre y cuando no los aporte al Asociante con la calidad de subordinación y dependencia, lo cual daría la característica de relación laboral de acuerdo a la Ley Federal del Trabajo, y es entendible que al existir esta dependencia y subordinación conlleva

(34) REYES MORA, Oswaldo. ob. cit, Pag. 16

(35) VIVANTE, Cesar. Ob. cit., Pag. 377

(36) FACULTAD DE DERECHO, División de Estudios de Postgrado. Derecho Mercantil, Tomo IV, U.N.A.M., Pag. 41

el hecho de que no suceda una aportación libre de aquel sino que en cierta forma está condicionada a la decisión de éste.

Podemos concluir que el elemento real en comento, considerado como una obligación para el o los Asociados, y como un derecho para el Asociante, se refiere a obligaciones de dar y de hacer.

De dar, puesto que se aportan todo tipo de bienes permitidos por la ley, sean tangibles o intangibles, y con algunas características (ya mencionadas) que es conveniente que se establezcan previamente, consideradas por la ley también como aportaciones de capital (socio capitalista).

Mientras que las de hacer, pueden contemplar todo tipo de servicios y trabajos permitidos por la ley, siempre y cuando no se tenga la característica de que se lleven a cabo con la dependencia y subordinación respecto del Asociante, estas obligaciones son consideradas también como aportaciones de trabajo (socio industrial), lo cual significa que tales contribuciones del Asociado, se caracterizan por el compromiso de una energía trabajo y se concretan con un hecho o servicio en favor del Asociante (37).

Es evidente que cuando la única aportación del Asociado a la Asociación en Participación sea de hacer, lo esencial es que la lleve a cabo el Asociado, ya que el Asociante le da la participación en función de que aquel lo lleve a cabo personalmente.

B. Realización del o los actos mercantiles, o bien del negocio mercantil permanente, por parte del Asociante.

Una vez contempladas las aportaciones que realiza el Asociado, nos corresponde hacer un pequeño análisis del o los actos mercantiles o en su caso, del negocio mercantil que lleva a cabo el Asociante, y en calidad de obligación dentro del Contrato de Asociación en Participación.

Hemos mencionado a lo largo de éste estudio, que la Asociación en Participación es un contrato mercantil y con lo cual, una persona (Asociante) realiza uno o varios actos mercantiles muy específicos y determinados, o un negocio mercantil permanente, esto en base a que no existe personalidad jurídica propia de dicho contrato. Razón entre otras del porqué no se crea una nueva persona diferente de las contratantes.

(37) LIMON AGUIRRE, Mauricio. El Principio de Prioridad del Trabajo en las Sociedades Mercantiles, Tesis Doctoral, Universidad de Navarra, España, 1992, Pag. 87

Es pues, el Asociante el obligado a llevar a cabo dichas actividades concretas o negocios permanentes, caracterizándose como es lógico, por buscar la finalidad de lucrar.

Invariable e indiscutible es el hecho de que los actos mercantiles o el negocio mercantil los debe llevar a cabo en nombre propio el Asociante, aunque nada impide el hecho de que éste pueda realizar tal actividad a través del o los asociados, pero éste o éstos con la peculiaridad de ser apoderados o representantes legales de aquel. Es decir, un Asociado puede llevar a cabo el o los actos mercantiles o bien sea la negociación mercantil permanente de la cual le corresponderá utilidades o pérdidas, siempre y cuando lo haga en nombre y representación del Asociante, y no de la Asociación en Participación como persona (puesto que no existe), y con un poder que le otorgue aquel con facultades amplias para llevar a cabo dichas actividades o negocio mercantil como representante del mismo.

Una vez que analizamos quiénes son los que llevan a cabo éstos actos o negocios mercantiles, y a la vez como se llevan a cabo, debemos determinar cuales son esos actos comerciales o negocios mercantiles que se pueden pactar y que efectúa el Asociante. Pues bien, en base a que éste contrato es regulado por una legislación mercantil, y al hablar de qué actividades se contemplan dentro de las que se establecen en el contrato de Asociación en Participación, nos debemos de constreñir a las que se contemplan en el artículo 75 del Código de Comercio, y por supuesto con afán de lucro, es decir siempre con ese interés de obtener utilidades.

Es en nuestro concepto, que esta obligación del Asociante de actuar en nombre propio por sí, o a través del apoderado, puede ser tanto para realizar una o varias actividades mercantiles, como para llevar a cabo un negocio mercantil permanente, siempre y cuando exista la finalidad de conseguir utilidades o pérdidas.

C. Afán de lucro.

Es por último, que dentro de éstos elementos reales debemos analizar la consecuencia lógica de los dos anteriores: buscar una finalidad con afán de lucro.

Este fin de lucrar se refleja en un deseo de obtener utilidades o de distribuir las pérdidas que llegan a tener ambas partes al llevar a cabo el contrato aquí comentado.

Es estrictamente indispensable el determinar desde el momento mismo de la celebración del contrato de Asociación en Participación, bajo que porcentajes se van a distribuir tales pérdidas o utilidades entre el Asociante y el o los Asociados. Basándonos en lo establecido por el artículo 258 de la L.G.S.M., en relación con el artículo 16, estaríamos en dos supuestos del hecho de establecer o no el porcentaje de participación de las partes contratantes:

- Cuando se estipula al momento de celebrar el contrato, el porcentaje en el que participarán en las utilidades o en las pérdidas por parte del Asociante o del Asociado sin importar que tipo de aportación realizó éste último.

- Si no se estipula nada en contrario, los Asociados que aportaron servicios (industriales), no participarán en las pérdidas que se obtengan como resultado del o los actos comerciales, o en su caso del negocio mercantil (artículo 16, fracción III de la L.G.S.M.).

Aunque en la parte final del artículo 258 de la L.G.S.M., se especifica que "las pérdidas que corresponden a los Asociados no podrán ser superiores a sus aportaciones"; es muy acertada la opinión de Mantilla Molina que menciona "considero válido el pacto en contrario. En efecto no hay interés social ni interés de un tercero que resulten lesionados con él. Se trata simplemente de los intereses de los Asociados, quienes en el supuesto normal de que gocen capacidad, pueden obligarse a responder, más allá de sus aportaciones" (38). Además, si contemplamos que no solamente, aunque sí es indispensable la intención de obtener utilidades con la celebración del contrato, es válido el buscar compartir los riesgos del acto o negocio mercantil, razón por la cual se ve más claramente la posibilidad de participar en las pérdidas en un porcentaje mayor al de sus aportaciones.

Es de señalarse que la forma de repartirse las utilidades o pérdidas entre las partes, dependen mucho de si la Asociación en Participación se celebró para uno o varios actos mercantiles concretos o para una negociación mercantil permanente. Si esta participación es respecto del negocio permanente, el Asociado tendrá derecho a retirar su parte de las utilidades al final de cada ejercicio fiscal, no pudiendo obligarse a restituir las utilidades obtenidas de buena fe para reparar las pérdidas posteriores, pero no podrá disponer de las utilidades en caso de que existieran pérdidas pendientes de amortizar, hasta que se compensen con las utilidades posteriores. Cuando a través de una Asociación en Participación se vayan a realizar una o varias actividades concretas de comercio, las cuentas se podrán rendir por parte del Asociante cuando llegue a su fin esa o esas operaciones.

(38) MANTILLA MOLINA, Roberto. Ob. cit. Pag. 192

No por el hecho de que ambas partes coincidan en buscar utilidades o pérdidas a través de la figura jurídica en comento, debemos entender que se encuentran dentro del ámbito societario, ya que como fue explicado en el capítulo de la naturaleza jurídica, tal aspecto no le da la modalidad de sociedad.

Por lo que en conclusión, los elementos reales se pueden vislumbrar en las aportaciones del Asociado, pudiendo ser estas de dar o de hacer, y en su caso de ambas. En los actos de comercio o el negocio mercantil que lleva a cabo el Asociante por sí o a través de terceros, debiendo ser estrictamente mercantiles tales. Por último como consecuencia de lo anterior el afán de lucro, con ciertas peculiaridades dependiendo de que es lo que aporte el Asociado, así como también si el contrato en comento se celebra para uno o varios actos mercantiles o para un negocio permanente.

CAPITULO VII. ELEMENTOS FORMALES

Una vez analizados los elementos personales y reales, debemos concluir con los denominados de forma o formales, y mismos que deben de contemplarse en todo Contrato de Asociación en Participación.

Como establece el artículo 254 de la L.G.S.M., "el Contrato de Asociación en Participación debe de constar por escrito y no estará sujeto a registro"; mientras que otras legislaciones omiten tal formalidad, como sucede en el Derecho Argentino "estas sociedades no están sujetas a formalidades, y se pueden probar por todos los géneros de prueba admitidos para todos los contratos comerciales" (39), o bien, en el Español que como hace mención su Código de Comercio en el artículo 240, se permite que tal contrato se efectúe de palabra. Pero no hay que olvidar que las legislaciones de ambos países consideran a esta figura jurídica como una sociedad.

En un principio y a simple lectura de la L.G.S.M., nos quedamos con la idea de que necesariamente deben de celebrarse en forma escrita, pero si profundizamos un poco más en el estudio, podemos ver que no existe sanción alguna en caso de que se omita tal formalidad. Angel Caso al hablar de la forma que debe revestir éste contrato nos dice "que la Asociación en Participación se distingue a éste respecto de la sociedad, en que tanto éste solemne y el de Asociación en Participación es formal" (40). Aplicando por lo tanto en consecuencia lo que establece el artículo 2228 del Código Civil para el Distrito Federal "la falta de forma establecida por la ley, si no se trata de actos solemnes produce nulidad relativa", siendo al mismo tiempo sujeto de estudio el artículo 2227 del citado ordenamiento "los actos afectados de nulidad relativa surten sus efectos provisionalmente", además de que "la nulidad de un acto jurídico por falta de forma establecida por la ley, se extingue por la confirmación de ese acto en la forma omitida" artículo 2231 del Código Civil del Distrito Federal.

De lo mencionado en el párrafo anterior podemos deducir que no es un elemento solemne sino formal, el celebrar el Contrato de Asociación en Participación por escrito. En caso de que se celebrará única y exclusivamente de manera verbal estaría afectado de nulidad relativa el mismo, pero surtiría sus efectos provisionalmente hasta en tanto una de las partes (Asociante o Asociado) no solicite la nulidad del contrato, pero si esto último no sucede, y con posterioridad a la celebración verbal se cumpliera con la formalidad

(39) MALAGARRIGA, Carlos. Ob. cit. Pag. 323

(40) CASO, Angel. Ob. cit. No. 139, Pag. 189

de hacerlo por escrito, la supuesta nulidad relativa se extinguiría.

Considero pertinente transcribir la siguiente jurisprudencia "ASOCIACION EN PARTICIPACION, PRUEBA DE LA EXISTENCIA DEL CONTRATO DE.- La L.G.S.M. dispone en su artículo 254, que el Contrato de Asociación en Participación debe constar por escrito y que no estará sujeto a registro, pero relacionado ese precepto con el artículo 78 del Código de Comercio, tiene que forzosamente llegarse a la conclusión de que esa formalidad no es un elemento ad solemnitatem, sino solamente ad probationem y, consecuentemente, la existencia del contrato puede demostrarse por cualquier medio de prueba que ponga de manifiesto la intención de las partes para celebrarlo, así como para la apreciación de los medios probatorios, debe estarse a la preeminencia de la voluntad, sobre su expresión material; esto es, a la voluntad interna, sobre la voluntad externa"(41).

Coincido parcialmente con la tesis antes expuesta, puesto que del análisis de las leyes aplicables se desprende que no es que se permita que el Contrato de Asociación en Participación se celebre en forma verbal, sino solamente reconoce que surte sus efectos de manera provisional cuando se lleva a cabo de tal modo, y hasta en tanto no sea impugnado por estar afectado de nulidad relativa por cualesquiera de las partes, o en su caso se confirme con posterioridad el mismo haciéndolo por escrito. Además, no es que se pueda demostrar por cualquier medio la intención de las partes de celebrar el contrato como se especifica en la cita anterior (consentimiento tácito), sino que origina que surta sus efectos entre las partes de manera provisional, pero con la peculiaridad de que están afectados de nulidad relativa y como lo establece nuestra legislación, el Contrato de Asociación en Participación debe de ser por escrito, motivo por el cual no solamente debemos de ver la simple voluntad, pues como se determinó en los elementos personales, el consentimiento se ve reflejado en la voluntad exteriorizada de obligarse.

Es clara la conveniencia de celebrar el contrato en forma escrita, puesto que además de la situación ya comentada, se benefician las partes en plasmar cuales son las aportaciones del o los Asociados, que actividades va a llevar a cabo el Asociante, el porcentaje de participación de cada una de las partes en las utilidades o pérdidas; además para especificar bajo que título jurídico aporta los bienes el asociado, puesto que de no ser así, se supondrían traslativos de dominio en favor del Asociante y únicamente por lo que respecta a terceros.

(41) TELLES ULLOA, Marco Antonio. Ob. cit. No. 537, Pag. 287

Si bien es cierto, que el celebrar de manera verbal el contrato no acarrea su inexistencia sino solamente su nulidad relativa por todo lo ya comentado, debemos tomar en cuenta que la formalidad que le determina la L.G.S.M. en el sentido de que se lleve a cabo por escrito, es la única forma en la que se evitan complicaciones posteriores y posibles impugnaciones por falta de formalidades y además, problema de interpretación de las obligaciones de ambas partes.

CAPITULO VIII. OBLIGACIONES

A lo largo de los capítulos anteriores, hemos podido determinar el concepto de la Asociación en Participación, su naturaleza jurídica, las características o más bien la clasificación del contrato que la contempla, así también, hemos establecido a las partes integrantes del mismo, los elementos reales que constituyen dicha figura jurídica, y por último que requisitos formales nos establece la legislación para dar vida jurídica a tan mencionado contrato.

Una vez analizados todos y cada uno de esos aspectos, entraremos al estudio de cuales son las obligaciones que tienen las partes al celebrar y durante el contrato en comento; muchas de las cuales ya hemos venido haciendo referencia a ellas durante el desarrollo de éste trabajo.

Debido a que el contrato es bilateral y sinalagmático, las obligaciones del Asociante son en consecuencia los derechos que tiene el Asociado, y así también sucede con las obligaciones de éste siendo las obligaciones de aquel.

A. - Asociante.

Es al Asociante en primer término al que determinaremos cuales son sus obligaciones con motivo de la celebración de dicho contrato mercantil.

Una de estas, es el hacer participe al Asociado de las utilidades o pérdidas que se originaron por la realización del o los actos mercantiles, o bien del negocio mercantil permanente que efectuó el Asociante, originándose dicha obligación por parte de éste, en virtud de las aportaciones efectuadas por aquel o aquellos.

Por lo que respecta al tiempo en que debe de cumplir el Asociante con la obligación, dependerá de si es uno o varios actos mercantiles, o bien sea una negociación mercantil permanente la que se llevó a cabo con el contrato. Si es el primero, su obligación es cada vez que se consume cada uno de dichos actos, mientras que si es un negocio mercantil permanente se deberá de cumplir con tal estipulación al término de cada ejercicio fiscal y cuando tal negocio se liquide, cabe señalar que puede existir pacto en contrario.

Mientras que lo referente a los términos en que se debe de dar la participación a los Asociados de las utilidades o pérdidas obtenidas, salvo pacto en contrario será: a) El o los Asociados que aportaron servicios (socios industriales) no reportarán pérdidas, (artículo 16 fracc. III L.G.S.M.); y por lo que se refiere a utilidades, si estas se reciben a cuenta de; el Asociado no estará obligado a restituirla en caso de que la operación comercial, o bien el negocio mercantil permanente que se llevó a cabo, hubiera arrojado en definitiva pérdidas o simplemente utilidades menores. b) Si lo que aporta el Asociado son bienes, la máxima pérdida que puede resentir son los mismos, o el valor de lo que equivale. c) "La participación en las utilidades o en las pérdidas se distribuirá entre el Asociante y el Asociado en proporción a los bienes aportados; al aportador de industria corresponderá la mitad de las utilidades. De tal suerte, si hubiere aportadores de bienes y servicios, las eventuales utilidades o pérdidas, se dividirán en dos partes iguales: una se distribuirá en partes iguales entre los dos, y la otra entre los primeros en proporción a sus aportaciones efectuadas, artículos 16 fracc. I y II, y 258 de la L.G.S.M."(42).

Es una segunda obligación por parte del Asociante, salvo que se hubiese convenido lo contrario, que al momento de haberse llevado a cabo el o los actos mercantiles, o bien, al liquidarse la negociación mercantil permanente, el Asociante deberá devolver al Asociado, los bienes aportados por éste, o en caso de ser admisible, una suma de dinero que equivalga a su aportación.

La condición de que tal devolución se lleve a cabo hasta que termine el negocio mercantil o hasta que culmine el o las operaciones comerciales es muy lógica, y aún más, si analizamos que la Asociación funciona, se disuelve y se liquida por lo estipulado en la ley para las sociedades en Nombre Colectivo, y es precisamente en el artículo 48 de la L.G.S.M. donde se dice que no se pueden repartir los bienes hasta que se disuelva la sociedad (S. en N.C.), salvo pacto en contrario, y éste no afecte a terceros. Lógicamente esta obligación por parte del Asociante también va condicionada a la forma en que se estableció la participación del Asociado en caso de que hubiese pérdidas y de como y con qué iba a responder éste ante tal situación.

Es otra de las obligaciones del Asociante el rendir cuentas periódicamente al Asociado, respecto del negocio mercantil permanente, o bien de los actos comerciales. En caso de que sea un negocio mercantil permanente, se podrá estipular la periodicidad de rendición de cuentas de acuerdo a la voluntad de las partes o cuando lo desee el Asociado, pero si se omite establecer cada cuanto tiempo

(42) DIAZ BRAVO, Arturo. Ob. cit. Pag. 267

debe de ser, entonces se llevará a cabo cada seis meses. Mientras que cuando es una o varias operaciones comerciales, resultaría lógico que fuese al terminar ésta o cada una de éstas.

La obligación establecida anteriormente no se encuentra contemplada precisamente entre los artículos que regulan a la Asociación en Participación en la L.G.S.M., pero si se aplica supletoriamente el artículo 43, en relación con el 259 del citado ordenamiento, encontraremos que las cuentas se rinden semestralmente, si no hubiese pacto en contrario, o bien, cuando lo desee cualesquiera de los Asociados. Todo lo anterior, es con la única finalidad de que éstos puedan valorar momento a momento como va el acto o negocio mercantil, para el cual aportaron algo de sí.

Además de las anteriores, es obligación del Asociante si así lo estima conveniente el Asociado, el dejar que éste nombre un interventor y que a la vez vigile los actos mercantiles o en su caso el negocio mercantil permanente que lleve a cabo aquel, y no sólo eso, sino que el mismo Asociado podrá revisar los estados de cuenta, balances, y en general todo tipo de documentos, y objetar en un momento dado los mismos. Lo explicado en esta obligación se debe al igual que la anterior a que como el Asociante lleva a cabo el negocio o actos mercantiles en nombre propio, el Asociado desconoce el buen o mal camino de éstos, y a la larga definitivamente repercuten éstos factores en el resultado.

En virtud de que el Asociante actúa en nombre propio, y que recibe aportaciones por parte del Asociado, definitivamente otra obligación de aquel utilizar tales aportaciones de acuerdo a su naturaleza y aún más, con base en lo que se estableció en el contrato mismo, esto es, dar al bien (tangibles o intangibles) el destino conveniente, a menos que se hubiese establecido lo contrario previo consentimiento por parte del Asociado. Esto también es aplicable por lo que respecta a las aportaciones en servicios, puesto que si el Asociado presta sus servicios pero no de manera subordinada y dependiente, es obligación del Asociante de aprovecharse de ese servicio con tal característica y no catalogarlo como trabajo personal subordinado.

A pesar de que la L.G.S.M., no menciona en específico la obligación por parte del Asociante de llevar a cabo el negocio mercantil permanente o bien sea la(s) operación(es) respecto del Asociante, con diligencia, buena fe y prudencia, no por eso se encuentra eximido de tal compromiso; puesto que se tratan de estipulaciones que van incluidas en todos y cada uno de los contratos, debido a que las partes no sólo se obligan a lo expresamente pactado, sino que también a las consecuencias, que según su naturaleza, son conforme a la buena fe.

Esta obligación es fundamental para el éxito de la finalidad que se busca con el Contrato de Asociación en Participación, pues como bien afirma Barrera Graf, al referirse al incumplimiento por parte del Asociante de actuar con tales características, "éste incurriría en responsabilidad frente al Asociado, no sólo en los caso de conducta dolosa, sino también si procediere con culpa o negligencia" (43).

Por último, pueden estipularse una serie de obligaciones adicionales al Asociante por parte del Asociado al momento de celebrar el Contrato de Asociación en Participación, a las que no podemos establecerlas como las más importantes, ya que las enumeradas anteriormente son las que hacen que la figura jurídica en comento se diferencie de otras, pero no por eso dejan de tener igual fuerza obligatoria. Entre otras se encuentra que el Asociado no lleve a cabo negocios mercantiles o bien operaciones similares de manera independiente, a las que se establecen en el contrato mientras éste se encuentre en vigencia; acudir única y exclusivamente a determinados proveedores; no efectuar operaciones que superen determinada cantidad.

En conclusión podemos especificar que las principales obligaciones a las que se encuentra sujeto el Asociante al celebrar un Contrato de Asociación en Participación, son:

- Hacer participe al Asociado de las utilidades o pérdidas del negocio mercantil, y en su caso de los actos mercantiles en los porcentajes y condiciones estipuladas para tales efectos.

- Reembolsar al Asociado los bienes de cualesquier índole aportados por éste al momento de la celebración del contrato o con posterioridad, salvo pacto en contrario, y que sea posible.

- Rendir cuenta de manera periódica a el Asociado de las operaciones comerciales o en su caso del negocio mercantil permanente.

- Permitir que un interventor designado por el Asociante supervise el o los actos mercantiles, o bien sea el negocio de la misma índole. Y que el Asociado revise libros, documentos, estados financieros, originados por las actividades comerciales que se estipularon en el Contrato de Asociación en Participación.

- Utilizar adecuadamente los bienes y/o servicios aportados por el Asociante.

(43) BARRERA GRAF, Jorge. Instituciones ... cit. Pag. 245

- *Desempeñar con diligencia, buena fe y prudencia las operaciones comerciales o ya sea el negocio mercantil permanente.*

- *Cumplir con las obligaciones que denominamos adicionales, y que se estipulan en el contrato.*

B. - Asociado.

Al igual que el Asociante, éste contrae obligaciones con la celebración del Contrato de Asociación en Participación, y a pesar de que son menos en cantidad, no por eso dejan de tener la misma importancia que las de aquél.

Como obligación primaria, corresponde al Asociado aportar al Asociante lo que se comprometió a dar o hacer al momento de la celebración del contrato objeto de éste estudio.

Las obligaciones de dar, pueden consistir en la entrega de dinero, transmisión de la titularidad de cualesquier tipo de derechos, sean éstos patentes, marcas, derechos de autor, nombres comerciales, concesiones y créditos de cualesquier tipo; así como también la transmisión de propiedad de todo tipo de bienes muebles o inmuebles. Ahora bien, dichas obligaciones por parte del Asociado, no necesariamente tienen que cumplirse, transmitiendo la propiedad en el caso de los bienes o cediendo la totalidad de los derechos respecto de los demás, puesto que se pueden llevar a cabo bajo cualesquier título jurídico permitido por la ley (uso, propiedad, habitación, usufructo, etc.).

Para los terceros ajenos a la Asociación en Participación, estas aportaciones de cualquier tipo de bienes y derechos pertenecen en propiedad al Asociante, salvo que: 1) se estipule lo contrario en el contrato y dicha cláusula se inscriba en el Registro Público del Comercio, donde el asociante ejerce el comercio. 2) Que por la naturaleza del bien se requiera de otra formalidad. 3) Aún cuando la cláusula de no transmisión de propiedad, no se haya inscrito en el Registro Público de Comercio, pero el tercero tuvo conocimiento.

Las obligaciones de hacer, son todas aquellas aportaciones de las conocidas como de industria o servicios, pero con la única peculiaridad de que no se deben de llevar a cabo bajo la dirección, dependencia y subordinación respecto del Asociante, y aquí podemos incluir todos aquellos conocimientos técnicos, conocidos como "know

how y show how" , los que han sido tan utilizados en la actualidad en lo que respecta a los Contratos de Franquicia.

La obligación por parte del Asociado de aportar tanto obligaciones de dar como de hacer al Asociante, pueden llevarse a cabo de manera periódica o una sola vez, y esto depende de como se establezca en el contrato, así como también de la naturaleza de las aportaciones y del negocio o actos mercantiles que lleve a cabo el Asociante en razón del Convenio que origina derechos y obligaciones.

Otra obligación del Asociado, es soportar las pérdidas que resultaron de llevar a cabo el negocio mercantil, o de las operaciones comerciales en los términos, porcentajes y formas establecidas en el contrato. Pero si en tal documento contractual no se establecen los términos se estará a lo siguiente: 1) El Asociado que aportó únicamente servicios no participa ni responde de las pérdidas. 2) El Asociado que aportó bienes (tangibles o intangibles) participa de la pérdida, hasta el valor de los bienes aportados (importancia de determinar en dinero el valor de lo aportado). 3) El Asociado que aportó tanto bienes como servicios, se rige para determinar su participación en las pérdidas, de acuerdo a lo que se establecido en los dos puntos anteriores.

Es de suma importancia que desde que se lleva a cabo el Contrato, se determine el valor de lo aportado por parte del Asociado, así también, el como va a participar de las pérdidas, en caso de que estas sucedan. De igual manera, como al Asociante se le pueden determinar obligaciones que les hemos denominado adicionales, y que principalmente se ubican en las de no hacer, tal es el caso, de estipular, que el Asociado no lleve a cabo por sí o interpósita persona operaciones comerciales o se dedique a un negocio mercantil permanente similar al que se establece en el Contrato.

En virtud de que la parte Asociada puede estar constituida por una o varias personas físicas o morales, se puede establecer que las obligaciones de éstos se dan en diferentes formas, ya que puede ser que uno debe de aportar un servicio, mientras que el otro un bien; uno no participa en las pérdidas y el otro sí. Esto sucede, puesto que como ya lo habíamos mencionado dentro de la parte Asociada puede haber dos o más personas, existiendo independencia entre ellos.

Tal como dice DIAZ Bravo, "importa dejar precisado que en cuanto a la naturaleza, cantidad, calidad de bienes o servicios, así como de fechas y plazos, se aplica a nuestro contrato las disposiciones en materia de Sociedades en Nombre Colectivo" (44), con lo cual algunas de las obligaciones aquí estipuladas encuentran su fundamento legal en lo establecido para dicha sociedad.

(44) DIAZ BRAVO, Arturo. Ob. cit. No. 212, Pag. 266

De la misma forma en que concluimos en las obligaciones del Asociante, esto es, con un pequeño resumen de ellas, me permito hacerlo también con las del Asociado:

- Su primera obligación es la de aportar, sean bienes (tangibles o intangibles) o en servicios, pudiéndose dar el caso de que suceda en ambas formas, obligaciones de dar y hacer.

- Participar de las pérdidas de la operación o bien del negocio mercantil que se lleva a cabo con la Asociación en Participación, de acuerdo a lo pactado o bien a la naturaleza de las aportaciones.

- Obligaciones adicionales, como pueden ser, las de no hacer.

CAPITULO IX. DERECHOS

Debido a que en la Asociación en Participación existe una conexidad de derechos y obligaciones entre las partes contratantes, es decir que hay una reciprocidad entre los deberes y privilegios contractuales, razón por la que los derechos de una parte invariablemente son obligaciones de la otra y viceversa.

Se estableció en el capítulo anterior cuales eran las obligaciones que tienen tanto el Asociante como el Asociado; es ahora el turno mencionar a qué tienen derecho esas partes. Tales privilegios, salvo que no los hubiéramos comentado en el capítulo anterior, sólo los mencionaremos de manera enunciativa, ya que fueron explicados detenidamente como obligación de la otra parte contratante de la Asociación en Participación.

A. - Asociante.

Aunque se pueda suponer que no son muchos los derechos que le corresponden, sí son de suma importancia, principalmente por el papel que éste juega dentro del resultado del Contrato.

El primero de éstos consiste en obtener por parte del Asociado, la o las aportaciones que éste último se compromete a entregar, sabiendo que estas pueden consistir en bienes y/o servicios. Siendo relevante el hecho de que el Asociante reciba las aportaciones en la fecha determinada; o en su caso, en las fechas si dichas aportaciones son periódicas, así como también en la calidad, cuantía y formas establecidas, puesto que de tal cumplimiento en tiempo y forma, puede depender en mucho el éxito del negocio u operación mercantil.

En caso de que sean bienes, los que tenga derecho a recibir por parte del Asociado, y en el Contrato no se hubiera especificado la calidad de éstos, entonces se estará supletoriamente a lo que establece el artículo 2016 del Código Civil para el Distrito Federal, "cumple entregando uno de mediana calidad".

Con fundamento en el artículo 256 de la L.G.S.M., donde se hace mención de que el Asociante obra en nombre propio, y junto con el carácter oculto de la figura jurídica en comento, surge otro derecho del Asociante; el cual es, encargarse de dirigir, administrar y llevar a cabo las operaciones comerciales, o bien el negocio mercantil, pero siempre en nombre propio, y se incluye dentro de éste manejo del negocio, las aportaciones hechas por aquel, con las restricciones que al respecto se hubiesen estipulado.

Esto significa que es el Asociante quien actúa como único dueño del negocio mercantil, o en su caso de las operaciones de la misma índole, "pero también obra por cuenta del Asociado, en cuanto a que debe de respetar y preservar los derechos de éste" (45).

El Asociante ante terceras personas ajenas a la Asociación en Participación es el único sujeto de derechos y obligaciones, por lo que todo debe de ser llevado a cabo bajo su dirección y responsabilidad. **"ASOCIACION EN PARTICIPACION.**— dadas las disposiciones que rigen a las Asociaciones en Participación, éstas carecen de personalidad, y quien opera en calidad de asociante adquiere todas las responsabilidades de los actos jurídicos por el ejecutados, respecto a terceros, según lo dispuesto por los artículos 252, 256, 257 de la L.G.S.M." (46). Ahora bien, el hecho de que éste actúe en nombre propio y se ostente como único dueño del negocio, no significa que pueda hacer lo que quiera, ya que las obligaciones de éste representan los derechos del asociado.

En conclusión, este derecho del Asociante significa realizar las operaciones comerciales o en su caso el negocio mercantil permanente en calidad de una persona que administra sus propios asuntos, exigiendo y respondiendo por ellos ante terceras personas de todas las consecuencias legales, pero siempre actuando con diligencia, buena fe y prudencia, y limitado en cierta forma por los derechos que se establecen en favor del Asociado.

Podemos mencionar como otro privilegio o derecho que tiene el Asociante, y que les denominaremos adicionales; los cuales no necesariamente deben de existir en los contratos, pero que si se establecen pueden ser sujeto de utilización o de exigibilidad, son entre otros: 1) El hecho de que éste otorgue poderes a terceras personas e incluso al propio Asociado, debido a que no existe al respecto ninguna restricción en la L.G.S.M.; a menos que, en el clausulado del contrato se estipule lo contrario, debiendo quedar muy claro el hecho de que el apoderado actuará en la operación comercial o en su caso en el negocio mercantil, por un nombramiento del Asociante, y será representante de éste y no de la Asociación en Participación, puesto que esta carece de personalidad. 2) Si así se estipuló en el Contrato, el Asociante puede exigir al Asociado que no lleve a cabo actos o negocios mercantiles similares a los que se pactaron en el Contrato de Asociación en Participación. 3) Dependiendo del tipo de aportaciones hechas por el Asociado y de lo que se estipule en el Contrato, repartir las pérdidas que se resulten del acto o negocio mercantil entre las partes.

(45) BARREIRA GRAF, Jorge. Instituciones ... cit. Pag. 247

(46) TELLES ULLOA, Marco Antonio. Ob. cit., Pag. 261

Para seguir con la metodología utilizada en el capítulo anterior, podemos resumir que los principales derechos del Asociante son:

- Recibir por parte del Asociado, las aportaciones de acuerdo a lo que se estipule en el contrato o en base a la naturaleza del mismo.

- Llevar a cabo en nombre propio las operaciones comerciales o el negocio mercantil estipulado en el Contrato de Asociación en Participación, pero siempre con la buena fe y diligencia que ameritan, y por supuesto con las limitaciones que representan los derechos del Asociado.

- Derechos adicionales, como el otorgar poderes, restricciones de actos o negocios mercantiles similares por parte del Asociado, y distribuir las pérdidas entre las partes, si así lo amerita.

B.-Asociado.

El primero de éstos se refiere, a la facultad que tiene de participar en las utilidades que resulten del acto comercial o bien del negocio mercantil que efectuó el Asociado. Con la única intención de no ser repetitivo, la forma, el plazo y condiciones en que participa el Asociado en las utilidades, se puede ver en el capítulo de obligaciones, concretamente en las del Asociante.

Me gustaría sólo añadir al respecto, que por la naturaleza misma del contrato no se puede establecer o pactar, que el Asociado no participe en las utilidades obtenidas, ya que con esto se perdería una característica esencial de la figura jurídica (interés del que aporta de participar en la utilidades), lo que si se puede establecer al momento de la celebración del contrato o con posterioridad, es que un determinado porcentaje de las utilidades o una cantidad específica de estas, se aplique en determinada cosa, o bien se reinvierta en el negocio, con modalidades tal vez de nuevas aportaciones.

Otro derecho del Asociado y en consecuencia obligación del Asociante, es el reembolso de los bienes aportados y en caso de incumplimiento, el pago de daños y perjuicios, esto sucede al efectuarse el o los actos mercantiles o bien el negocio comercial, o más claro cuando se de por terminado el Contrato de Asociación en Participación por cualquier circunstancia. Aunque se puede establecer que el reembolso se haga con anticipación a la terminación del contrato. (ejemplo: cuando una Asociación en Participación se celebre para construir, desarrollar, comercializar, vender determinado número de casas, y en consecuencia obtener utilidades o pérdidas, según sea

el caso; entre otras cosas el Asociante aporta el uso de una máquina que aplane el terreno donde se construirán las casas. No es necesario esperarse a que se obtengan las utilidades o pérdidas por la venta de las casas, sino que se puede solicitar el reembolso de la máquina, una vez que cumplió para lo que fue aportada).

Ahora bien, tiene derecho el Asociado al reembolso en todos aquellos bienes en los que se reservó el dominio y en los que únicamente concedió el uso o goce del mismo; además, de que hubieran cumplido con las formalidades que por la naturaleza del bien deben de llevarse a cabo, puesto que si no, se presume que se transmitió la propiedad al Asociante, del bien aportado. Esto es respecto a terceras personas.

Si así lo estima conveniente, el Asociado podrá nombrar un interventor que vigile los actos comerciales o el negocio mercantil del Asociante, mientras tales actos se llevan a cabo o bien durante el tiempo que dure el negocio mercantil, y hasta que se de por terminado el Contrato de Asociación en Participación; sin olvidarnos por supuesto de la facultad del Asociado de revisar los libros, estados de cuenta, balances, documentos que se originen con motivo de las operaciones comerciales o del negocio mercantil, que efectúa el Asociante y en función de la Asociación en Participación.

Es consecuencia lógica, que el Asociado solicite o le pida al Asociante, que con diligencia, buena fe y prudencia que amerita, lleve a cabo los actos mercantiles o bien el negocio mercantil. Es un derecho también del Asociado que el Asociante utilice y aplique las aportaciones de aquel a los fines establecidos, o en su caso en función de su naturaleza (ver obligaciones del Asociante).

Por último al referirnos a los derechos adicionales del Asociado, evidentemente y en forma recíproca coinciden con las obligaciones adicionales del Asociante y que se establecen en el clausulado del contrato mismo: que el Asociante acuda única y exclusivamente a los proveedores que para el caso se convinieron, que éste último no realice por sí o a través de terceras personas actos o negocios similares a los estipulados en el Contrato de Asociación en Participación, y hasta en tanto no se termine dicho negocio.

Son en resumen los principales derechos del Asociado:

- Participar en la utilidades del Asociante, en los términos y condiciones previamente estipulados o en su caso a las que en derecho le corresponda.

- Recibir el reembolso de los bienes aportados, siempre y cuando jurídicamente sea posible.

- Recibir informes del negocio o actos mercantiles por parte del Asociante.

- Nombrar interventor que vigile los actos o el negocio mercantil que efectúa el Asociante, y mismo para el cual están asociados.

- Revisar documentos, libros, balances, que lleve el Asociante con motivo del negocio o actos de realiza de acuerdo al Contrato aquí comentado.

- Que el Asociante utilice los bienes aportados por él, de conformidad a lo establecido, o en su caso conforme a la naturaleza, y a que cumpla con los derechos adicionales que se pacten.

Quiero concluir éste capítulo con la aplicación práctica de algunos principios generales del derecho, y que en éste caso surgen como una facultad para cualquiera de las partes, respecto de la otra, en caso de que esta incumpla con alguna de sus obligaciones, ya enumeradas en el capítulo anterior.

- Si el Asociante o el Asociado no cumplen con sus obligaciones estipuladas a su cargo, no podrá exigir al otro, que cumpla con sus respectivas obligaciones.

- Si las obligaciones del Asociante o del Asociado, son imposible de cumplirse por algo imprevisto (caso fortuito, fuerza mayor, defectos o vicios ocultos en los bienes aportados, etc.), y esto suceda después de que se hubiera llevado a cabo el contrato, no subsiste la obligación para la otra parte.

- Si existe temor fundado por parte del Asociado, en el sentido de que las obligaciones del Asociante no serán cumplidas, puede suspender el cumplimiento de las suyas, a menos que éste último le garantice que cumplirá con sus obligaciones. Lo mismo sucede cuando el Asociante no crea que el Asociado va a cumplir con sus obligaciones.

- Cuando alguna de las partes no haya dado cumplimiento a la obligación a su cargo, podrá la otra parte, pedir el cumplimiento forzado del contrato o la rescisión de éste, con el pago respectivo de daños y perjuicios.

CAPITULO X. EFECTOS DE LA ASOCIACION EN PARTICIPACION

A lo largo del presente trabajo hemos determinado que por su naturaleza jurídica la Asociación en Participación es un contrato que se celebra entre dos partes, las obligaciones y los derechos de éstos, y a su vez determinamos los elementos que debe de contener dicha figura jurídica tanto personales, así como reales y formales.

Una vez analizado lo anterior, es nuestra obligación determinar cuales son las consecuencias que origina, es decir, los efectos que se derivan por el hecho de haber celebrado el citado contrato.

A.- Frente a terceros.

Es nuestra L.G.S.M. la que nos determina las consecuencias que representa celebrar un Contrato de Asociación en Participación, así como también las repercusiones que origina el tener celebrada dicha figura jurídica. El artículo 256 del citado ordenamiento, nos dice que el Asociante actúa en nombre propio, y que por lo tanto no habrá relaciones jurídicas entre las terceras personas y los asociados, con lo que podemos obtener la idea de que, única y exclusivamente el Asociante es quien actúa en nombre propio, y el que adquiere los derechos y se responsabiliza de las obligaciones ante terceras personas ajenas a las partes contratantes de la Asociación en Participación.

Considero pertinente determinar quiénes pueden ser terceras personas respecto del Contrato de Asociación en Participación. Pues bien, son todas aquellas personas que por cualquier circunstancia adquirieron derechos u obligaciones para con el Asociante, y en consecuencia de los actos comerciales, o tal vez del negocio mercantil que lleva a cabo éste, con motivo del contrato. Enumero de manera enunciativa más no limitativa a las terceras personas: clientes, proveedores, personal, trabajadores, fisco, bancos, etc..

Antes de profundizar en las consecuencias que representa lo anteriormente expuesto, me permitiré citar someramente como contemplan las legislaciones extranjeras las Asociaciones en Participación respecto de las terceras personas, para que de esa forma, al lector se le facilite el posterior análisis.

El Código Argentino en sus artículos 396 y 397, dan la pauta para entender que sólo existe relación jurídica por parte de los terceros con respecto al Gestor (Asociante), y la obligación de éste último es ilimitada; contempla además, el que pueda actuar mas de un Gestor,

siendo solidariamente responsables. Pero si el Gestor hace conocer el nombre de los Asociados con el consentimiento de éstos, también son obligados solidarios y en forma ilimitada.

El Código de Comercio Español, artículos 241, 242; al igual que el Argentino le da el nombre del Gestor al Asociante (ya que contempla a la Asociación en Participación como Sociedad). "Los que contraten con el Gestor sólo tendrán acción en contra de él. Pero no en contra de los demás interesados (Asociados), quiénes tampoco tendrán derechos ni obligaciones en contra de los terceros que contrataron con el Gestor" (47).

En Francia, el artículo 421 de la Ley de Sociedades Mercantiles contempla que ambas partes (Asociante y Asociado) pueden actuar frente a terceras personas, pero siempre respondiendo en lo personal, a menos que revelen los nombres de los otros participantes, pero previo su consentimiento.

Mientras que el Código Civil Italiano y en concreto sus artículos 2551 y 2552, determinan que los terceros adquieren derechos y asumen obligaciones sólo frente al Asociado, al cual corresponde la gestión del negocio. Es a éste último, que nuestra legislación mercantil más se asemeja.

Como hemos mencionado, el Asociante actúa en nombre propio y lleva a cabo el o los actos mercantiles, o bien, el negocio mercantil convenido en el contrato de Asociación en Participación, razón por la cual terceras personas sólo podrán ejercitar sus derechos respecto del Asociante, o en su caso cumplir con las obligaciones que a su vez éste le requiera; no pudiendo concebirse que el Asociado exija el cumplimiento a los terceros, o bien que éstos requieran a aquel, por los actos o el negocio mercantil llevado a cabo por el Asociante.

A la regla estipulada en el párrafo anterior, me permito mencionar excepciones que a mi juicio pueden operar:

a) Cuando el Asociante otorga un poder al Asociado con suficientes facultades, para que éste último actúe en nombre y representación de aquel. Es en tal supuesto, cuando el Asociado puede hacer exigibles las obligaciones por parte de los terceros, pero no pueden exigir en calidad de Asociados, sino como apoderado de una persona, que en éste caso es el Asociante. No se daría tal situación, cuando el Asociado en tal carácter, pretende hacer exigible una obligación de un acreedor del Asociante, porque como ya vimos, en el capítulo de naturaleza jurídica se podría ubicar en lo que nuestra legislación denomina sociedades irregulares.

(47) Enciclopedia Universal Ilustrada, Tomo 42, Ob. cit. Pag. 379

b) Cuando el Asociado todavía no cumple con la obligación de entregar al Asociante las aportaciones en bienes, pactadas en el Contrato de Asociación en Participación, entonces éste es acreedor de aquel. Conforme a derecho común "todo acreedor del Asociante (tercera persona), tiene facultad de embargar los créditos a favor de su deudor, como embargar cualquier otro bien del patrimonio de éste; y de acuerdo al Código de procedimientos civiles del Distrito Federal tiene derecho a ejercer la acción oblicua, es decir, la posibilidad ejercer a nombre de su deudor (Asociante) las acciones que éste a descuidado o rehusado a hacer"(48). Para que suceda lo anterior, deben existir varios supuestos: que la obligación del Asociante sea de dar y que conste en un título ejecutivo, que el tercero demuestre claramente que el Asociante descuido o simplemente se rehusó a exigir al Asociado que cumpliera con la aportación, y que éste último tuviese bienes sujetos de ser embargados.

Una vez que hemos determinado que el Asociante es el que responde y exige a terceras personas, las obligaciones y derechos contraídas por estas respecto de aquel, debemos mencionar que en nada afecta a los denominados terceros, el hecho de que éstos conozcan la existencia de un Contrato de Asociación en Participación llevado a cabo entre su deudor o acreedor y otras personas; pero siempre y cuando las partes firmantes del citado contrato, no se exterioricen reconociendo u ostentándose como una sociedad.

Es decir, que a diferencia de las legislaciones Argentina y Francesa, la nuestra no considera que el hecho de que terceras personas conozcan la celebración del contrato, les va a dar la facultad de exigir las obligaciones del Asociante al Asociado. Para que pueda suceder tal posibilidad, es necesario además de que se conozca la existencia del contrato, que los que intervengan en él se ostenten como una sociedad; ya que esto, originaría ubicarse en el supuesto de la sociedad irregular.

Debido a que, como hemos establecido sólo puede el Asociante hacer exigible todos los derechos y cumplir con los compromisos u obligaciones respecto del acto o negocio mercantil que en nombre propio lleva a cabo, a pesar de tener celebrado un Contrato de Asociación en Participación, y por lo que, entre la parte Asociada y las terceras personas no existe relación jurídica.

Me permito hacer mención, fundado en todo lo aquí expuesto, algunas consecuencias importantes:

(48) Para mayor abundamiento ver, MANTILLA MOLINA, Roberto. Ob. cit., Pag. 191

1) Cuando se establecen dentro del clausulado del contrato, una serie de restricciones o parámetros a seguir por parte del Asociante al llevar a cabo el acto comercial o negocio mercantil pactado, no podemos considerar que puedan exigir jurídicamente el o los Asociado que tales restricciones sean respetadas por las terceras personas ajenas al contrato; puesto que éstos últimos sólo reconocen en el Asociante al sujeto con el que se obligan. Tal es el caso de las obligaciones del Asociante, como es el acudir única y exclusivamente a un determinado proveedor, y si esto no lo realiza y acude a otro, éste último (tercera persona) no tiene la obligación de saber y cumplir la estipulación del contrato, y en nada le afecta la misma. Lo que sí puede suceder, es que el Asociante que hubiera incumplido con tal obligación, se puede hacer acreedor de las responsabilidades que se hubiesen estipulado, pudiendo ser de daños y perjuicios, o cualquiera de las otras señaladas en la parte final del capítulo anterior.

2) En caso de que existiera juicios que versen sobre actos, derechos, bienes y en general todo lo relacionado con la Asociación en Participación, corresponde al Asociante la legitimación procesal tanto activa como pasiva. Es decir, la facultad de hacer valer en un proceso legal, los derechos de las operaciones o negocio mercantil que se fijaron en el contrato, definitivamente corresponden al Asociante, el cual puede ejercerlos a través de un apoderado.

Sustento aún más lo anteriormente dicho con la siguiente Tesis. **"ASOCIACION EN PARTICIPACION.** - Como la ley no reconoce en la Asociación en Participación, personalidad jurídica distinta de las partes contratantes, es el Asociante, en su calidad de dueño del negocio, es quien debe de pedir amparo en nombre propio y no como representante de una Asociación cuya personalidad jurídica no existe, conforme a la ley" (49).

3) Debido a que los bienes que aporta el Asociado se confunden con los del Asociante en su patrimonio, éste último puede responder a las obligaciones originadas por motivo de la Asociación en Participación y las ajenas a esta con todo su patrimonio, e inclusive con los bienes aportados por la parte Asociada. Pero no olvidemos que como se estableció en el capítulo de obligaciones del Asociado, para que se entienda transmitida la propiedad deben de existir varios supuestos.

Es obligación del Asociante darle aplicación a las aportaciones conforme a lo que se hubiere estipulado en el contrato y a la naturaleza de estas. Pero el tercero no tiene por qué saberlo, y si

(49) TELLES ULLOA, Marco Antonio. Ob. cit., Pag. 274

de acuerdo a los requisitos legales para la transmisión, se puede entender como propiedad del Asociante la aportación, en nada le impide a aquel, hacer valer su derecho.

Para concluir, debemos de entender que el o los terceros ajenos a la Asociación en Participación sólo ven en el Asociante como a su único acreedor o deudor según la circunstancia, y a su bienes como susceptibles de hacer exigible su acción.

B.- Ganancias y Pérdidas.

Visto en este mismo capítulo el desarrollo y explicación de las consecuencias que representan a las terceras personas, el hecho de que se celebre un Contrato de Asociación en Participación. Es por lo que ahora toca mencionar, el modo y consecuencias de participar en las utilidades o pérdidas por parte de los contratantes.

Es obvio, como se estableció en los elementos reales, que tanto la intención que tiene el Asociado y el Asociante al aportar algo de sí y al realizar las operaciones comerciales o el negocio mercantil permanente en forma respectiva; es el afán de lucro, es decir, el deseo de obtener ganancias. El artículo 255 de la L.G.S.M. deja en libertad a las partes para fijar términos, forma y condición de repartirse las utilidades y pérdidas que se obtengan, y estas deberán claramente establecerse en el contrato suscrito.

Para poder establecer las pérdidas o utilidades obtenidas, se estará a los resultados que arroje el informe de cuentas que rinda el Asociante a la contabilidad, al balance general, etc., y mismos que una vez aprobados servirán de apoyo para el reparto de las mismas.

En cuanto al plazo para el reparto de estas ganancias o pérdidas, se debe de sujetar a lo que se desprende de la definición, ya que la Asociación en Participación se puede pactar para una o varias operaciones comerciales concretas, o en otro caso para un negocio mercantil permanente.

Cuando la Asociación en Participación se constituye para realizar uno o varios actos mercantiles el reparto de las utilidades o pérdidas entre las partes contratantes se efectuará una vez que el Asociante rinda las cuentas a los mismos, y respecto de dichos actos. Mientras que si lo que se lleva a cabo a través de dicho instrumento legal es un negocio mercantil permanente, las participaciones en las utilidades o pérdidas entre las partes se hará al finalizar cada ejercicio fiscal (cada año), y toda vez, que el Asociante rinda sus informes (50).

(50) Para mayor abundamiento ver el capítulo de los elementos reales.

Como ya se explicó, es de entenderse que podemos ir más allá de lo que establece el párrafo último del artículo 258 de la L.G.S.M., en el sentido de que si las partes así lo convienen, el Asociado puede participar en un porcentaje mayor al valor de sus aportaciones. Aunado a lo anterior, y de acuerdo con lo que dispone en su primera parte el citado artículo, podemos concluir que, para determinar el modo de distribuir las utilidades o pérdidas se debe de estar a lo establecido en el contrato mismo, y cuando esto no sucede, se estará a lo que establece el artículo 16 de la misma ley, y que a continuación me permito interpretar:

a) Si el Asociado aportó sólo servicios y hubo pérdidas, éste no participará de ellas.

b) Si el Asociante aportó bienes y hubo pérdidas, le corresponderá proporcionalmente al valor que represente su aportación.

c) Si el Asociado aportó servicios y hubo utilidades, le corresponderá el 50 % de estas, pero si fueran dos o más las personas que integran la parte asociada, entonces se dividirán tal porcentaje, en forma equitativa. Es importante mencionar que cuando es un negocio mercantil permanente, y en un año hubo pérdidas y al siguiente hubo utilidades, es necesario que el Asociado espere a que se amorticen las pérdidas de los ejercicios anteriores, para que en caso de que todavía existieran utilidades a repartir, sobre ésta sea su participación.

d) Si el Asociado aportó bienes y hubo utilidades, le corresponderá proporcionalmente lo que el valor de sus aportaciones represente.

e) En caso de que se hubieran aportado bienes y servicios por parte del Asociado, se aplicará lo correspondiente de acuerdo al tipo de aportaciones.

De todo lo anterior podemos deducir, que definitivamente es conveniente determinar los porcentajes que le corresponderán tanto a la parte Asociante como a la parte Asociada, de acuerdo a sus aportaciones al momento en que se suscriba el contrato.

Es evidente que la participación que se debe de hacer de las utilidades obtenidas por la operación comercial o del negocio mercantil, debe de ser en moneda circulante, a menos que ambas partes convengan que en su caso sea en bienes y que se determine su valor, para que así, no existan abusos en la actuación del Asociante.

Como se determinó en el capítulo de los derechos, el Asociado no puede convenir en no participar en las utilidades, puesto que eso sólo sería en perjuicio de éste, lo que si puede establecer, es el enfocar una parte de las utilidades para un fin específico.

Por último quiero concluir mencionando, que es conveniente para ambas partes, que al celebrar el contrato de Asociación en Participación se establezcan los plazos en los cuales se harán las participaciones, el porcentaje de las mismas que corresponde a los mismos, y no sólo eso, sino que lo que le corresponde a cada una de las personas que integran la parte Asociada. Ya que si no establecemos tales señalamientos, estaremos a lo que dispone la L.G.S.M., que en mi opinión puede ser injusta, debido a que no siempre deben de ser los socios industriales los que reciben la misma participación que los demás, o viceversa, puesto que no es el tipo de aportaciones (bienes o servicios) lo que da el valor, sino el beneficio que trae la aportación en sí, para llevar a cabo el acto mercantil, o bien sea el negocio mercantil permanente.

C.- La inversión extranjera en la Asociación en Participación.

Este tema en sí, podría considerarse como material para desarrollarse como tema central de una tesis, razón por la que en éste apartado sólo se dará una visión global de como influye la inversión extranjera en el contrato objeto de éste estudio.

Cuando el Contrato de Asociación en Participación es celebrado para llevar a cabo una negociación mercantil, puede entonces ser regulado o aplicársele lo dispuesto por la L.I.E., esto se debe a que esta negociación constituye una empresa (51), pero será aplicada tal legislación siempre y cuando las aportaciones del Asociado a la Asociación en Participación tengan el carácter de inversión extranjera, o cuando la persona que lleva el negocio mercantil en nombre propio (Asociante) es extranjero.

Para mayor entendimiento de tales situaciones, me permito desglosar los posibles supuestos y consecuencias:

a) Cuando el Asociante es Mexicano, pero el Asociado es extranjero sin importar que sea persona física o moral, o bien, a

(51) Para mayor abundamiento ver, BARRERA GRAF, Jorge. Ob. cit. Pag. 81

pesar de que sea sociedad mexicana participen en esta un porcentaje mayoritario de capital extranjero, entonces dichas aportaciones hechas por el Asociado deberán considerarse como inversiones extranjeras y sujetarse a los montos de aportación, porcentajes de participación, y condiciones que para tales efectos estipule la L.I.E.; es decir, que las aportaciones de éste, se regularán por todas las legislaciones a que hemos venido haciendo mención en esta tesis, e incluso por lo que se regula por la L.I.E. para la inversión extranjera.

b) Cuando el Asociante es una sociedad mexicana con participación mayoritaria de capital extranjero, o bien, un extranjero no inmigrado; deberá obviamente inscribirse en el Registro Nacional de Inversión Extranjera, y regirse por la L.I.E. en todo lo que le sea aplicable al porcentaje de aportaciones al negocio mercantil.

Debemos tener muy claro, que cuando la L.I.E. menciona que las inversiones extranjeras no podrán exceder de un determinado porcentaje del capital de la empresa, no será considerado el término empresa como una sociedad con patrimonio propio, sino como el conjunto de personas organizadas por el titular, con el fin de realizar una actividad onerosa, generalmente lucrativa; de producción o intercambio de bienes o servicios destinados al mercado (52).

Razón por la cual, se deberá de estar atentos a que los porcentajes de inversión en la empresa, son los de la negociación mercantil que se lleva a cabo con el Contrato de Asociación en Participación, y aunque todo lo aportado en este caso pasa al patrimonio del Asociante. Se debe de diferenciar las que son del negocio objeto de la Asociación en Participación, de las demás actividades del extranjero (Asociante), con la única finalidad de poder establecer los porcentajes de aportación y participación en las utilidades y pérdidas de las partes contratantes, y de esa forma detectar el monto de inversión extranjera que existe en el negocio.

Cuando el Asociado mexicano aporta bienes inmuebles al Asociado extranjero, deberá de obtenerse el permiso correspondiente de la Secretaría de Relaciones Exteriores.

Por último, cuando se desea que el porcentaje de inversión extranjera sea superior al establecido en la L.I.E., se deberá obtener autorización para tales efectos por parte de la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras.

(52) *Idem*

D. - Modos de terminación del Contrato de Asociación en Participación.

A pesar de que el artículo 259 de la L.G.S.M. menciona que a falta de estipulaciones especiales en el contrato, la Asociación en Participación se "disolverá" de acuerdo a las reglas establecidas para la Sociedad en Nombre Colectivo. Considero que el término más práctico debe de ser "modos de terminación".

Lo anterior se debe a que si bien, Capitant nos dice que la disolución es "la extinción o ruptura de una sociedad conyugal, o de cualquier contrato por el que se realice una unión de intereses materiales o morales (sociedad, asociación o sindicato)" (53), debemos entenderlo con carácter societario, ya que nuestra legislación contempla tal denominación para las sociedades, y como nos encontramos ante una figura jurídica meramente contractual; por tanto, para mejor didáctica utilizaremos el concepto de modos de terminación.

La L.G.S.M. establece en el artículo 259, que "salvo pacto en contrario" la regla general es que se deja a la voluntad de las partes el establecer las diversas situaciones que pueden originar la terminación del Contrato de Asociación en Participación. Obvio es el hecho de que esa voluntad de las partes debe de estar fundada en los principios generales del derecho, y sobre todo que se encuentre legalmente permitido. El silencio total o parcial de las partes conduce a que se aplique supletoriamente lo que dispone para tales efectos la Sociedad en Nombre Colectivo (artículo 259).

Es pues en principio, que a la Asociación en Participación le sean aplicables dentro de lo que cabe, lo dispuesto concretamente por las fracciones II, III y IV del artículo 50, además supletoriamente el artículo 229 fracciones I, II y III; y el artículo 230 de la L.G.S.M., y lógicamente lo establecido por el derecho común. Con base en lo anterior, y si no existe pacto en contrario podrá darse por terminado en los siguientes supuestos:

a) Por mutuo acuerdo de las partes, lo cual encuentra su fundamento en el artículo 229 fracción III de la L.G.S.M., puesto que en nada impide que si las partes lo desean, den por terminado el contrato; ya que si la legislación mercantil da la oportunidad a las partes que desde un principio establezcan las formas de terminar con tal, no puede negársele ese mismo derecho, de acordar voluntariamente y con posterioridad la terminación del Contrato de Asociación en Participación, independientemente de que se hubiera establecido una fecha de terminación o no.

(53) CAPITANT, Henri. Vocabulario Jurídico, Traducido por Aquiles Horacio Guaglianone, Palma, 8va. Edición, Argentina, 1981, Pag. 229

b) Cuando en el clausulado del contrato se hubiera establecido un plazo o fecha de vencimiento del mismo, y llega tal día, automáticamente se da por terminado (artículo 229 fracción I), a menos que ambas partes convengan en prorrogar la vigencia del mismo.

Normalmente esto sucede en la Asociación en Participación que busca llevar a cabo un negocio mercantil permanente, y se establece en el clausulado del contrato el tiempo que tendrá de vigencia el mismo, y por lo tanto fechas en las que el Asociante le participará al Asociado de las pérdidas o utilidades. Nada impide que en los contratos, que se lleven a cabo para realizar uno o varios actos mercantiles concretos se estipule una duración en tiempo, puesto que, se podría dar el caso de que se pactara que si en un determinado periodo de días no se llevara a cabo el acto mercantil, se diera por terminado el contrato, o bien, cuando son varios actos mercantiles se estipulará que la duración del contrato fuera por un tiempo específico, y al terminar tal plazo se concluyera con el contrato, sin importar que se hayan realizado uno o varios de esos actos, pudiéndose a la vez estipular penalidades al Asociante, en caso de que no los realice por causas imputables a él.

c) Otra forma de terminación, es cuando la Asociación en Participación se lleva a cabo con una finalidad específica y esta acontece (artículo 229 fracción II), normalmente podemos decir que esto es aplicable a los contratos que se suscriben para realizar uno o varios actos mercantiles concretos y una vez culminados éstos, se dan por terminadas dichas obligaciones contractuales, pero es igualmente aplicable aunque no tan usual para las Asociaciones en Participación que se celebran para desarrollar un negocio mercantil permanente. Aquí la finalidad puede ir en función de lograr una determinada cantidad de utilidades o en su caso de pérdidas, es decir, la finalidad que se establezca en el contrato, puede ser tanto la celebración del o los actos mercantiles, o tal vez otra modalidad, como sucede cuando se fija una meta en dinero en un negocio mercantil permanente.

Dentro de este apartado voy a mencionar las formas de rescindir un Contrato de Asociación en Participación, que como consecuencia traen la terminación del mismo:

a) Como bien mencionamos en la parte final del capítulo de derechos, existen una serie de facultades que tienen ambas partes en caso de que la otra incumpla con sus obligaciones; de tal situación se deriva, que cualquiera de las partes pueda solicitar la rescisión del Contrato de Asociación en Participación en el supuesto de que la otra incumpla con sus obligaciones, y no sólo eso, sino que a la vez puede solicitar el pago de daños y perjuicios originados de tal incumplimiento; sin importar que dichas obligaciones sean inherentes a

la naturaleza del contrato, o son de las que se estipulan en el contrato y a las que les hemos dado el nombre de adicionales.

Es decir que se considera causa de rescisión, que una de las partes incumpla con alguna de las obligaciones, o bien si es omitida una de estas que se obligue su cumplimiento y resarsa los daños y perjuicios ocasionados.

b) Se deberá de entender rescindido el contrato, cuando así lo solicita cualquiera de las partes, y esto se deba a la comisión de actos fraudulentos o dolosos llevados a cabo por la otra; éste modo de rescindirse el contrato es claro, puesto que si alguien actúa o supuestamente cumple sus obligaciones engañando al otro que interviene en el contrato, a éste último no se le puede exigir a que cumpla con sus obligaciones.

Tal causa puede ser originada por cualquiera de las partes, y en nada se varía que sus obligaciones sean diferentes, puesto que como establece la fracción IV del artículo 5º, es por la comisión de actos fraudulentos o dolosos y no sólo debemos de considerar como tales los realizados por el Asociante, sino más bien en el sentido amplio del concepto, es decir todo lo realizado por el hombre, pudiendo ser éstos, el aportar algo que no es lo que se prometió por parte del Asociado (54).

c) La muerte de alguna de las partes es también causa de rescisión, a menos que se pacte lo contrario y sus herederos acepten. Esta causa es en principio fin, el acuerdo es entre personas muy específicas, siendo el caso del Asociante quien lleva cabo el acto o negocio mercantil por sí o a través de terceras personas, pero siempre bajo su responsabilidad (artículo 42 de la L.G.S.M.). Mientras que el Asociado, dependerá de que es lo que aporta, puesto que si es una obligación de hacer como son las de prestación de servicios nos da la idea de que dicha aportación es intuitu personae, y que si fallece la persona que lo debía de aportar se pierde un poco de interés en la Asociación en Participación; pero puede que esto no suceda con tal certeza en caso de que se aporten bienes, ya que se puede argumentar que es lo mismo quien lo aporte, sea el Asociado o su heredero a través del albacea, lo que importa es el bien en sí.

En conclusión se puede determinar que la muerte de cualquiera de las partes, salvo la excepción establecida en el párrafo anterior, origina la rescisión del contrato (55).

(54) Véase opinión en contrario, BARRERA GRAF, Jorge. Ob. cit, Pag 248

(55) Véase opinión en contrario, GARRIGUES, Joaquín, Ob. cit. Pag. 63

d) Por último la quiebra. Existen opiniones encontradas de si es o no causal de terminación, mientras autores como Barrera Graf siguiendo a Grandí (56) considera que no es causal, otros como Garrigues consideran que sólo la quiebra del Asociante puede originar la terminación del contrato (57).

En lo personal considero que la quiebra del Asociante debe de ser considerada como otra forma de terminación del Contrato de Asociación en Participación, puesto que al momento de que esta suceda, el Asociante no puede realizar o llevar a cabo el o los actos mercantiles, o según sea el caso, el negocio mercantil objeto del contrato, y además no puede repartir si así hubiera las pérdidas o utilidades; motivo por el cual, en principio ya no se realizaría más el objeto del contrato; y el Asociado no puede exigir sus utilidades directamente, sino que figuraría como otro acreedor dentro de la masa pasiva del Asociante, tanto por las ya mencionadas utilidades, como por el posible reembolso. Esto es, que el Asociante deja de cumplir con sus obligaciones, puesto que al ser declarado en quiebra deja en suspenso todos sus derechos y obligaciones, incluidas entre estas las contraídas por la Asociación en Participación.

Como ejemplo que puede servir de base para entender lo expuesto en este inciso d), podemos mencionar que cuando alguien gira una letra de cambio y antes del vencimiento de la misma es declarado en quiebra, deberá de protestarse por falta de pago (artículo 147 de la L.T.O.C.). De lo anterior podemos tomar la idea de que cuando una persona es declarado en quiebra, las obligaciones contraídas con anterioridad no se las podrán exigir sus acreedores a través la acción o vía judicial que la naturaleza de la misma obligación se lo permita, incluyendo las que contrae el Asociante con el Asociado. Ya que deberán adecuarse al procedimiento judicial estipulado en la Ley de Quiebras y Suspensión de pagos y de acuerdo a un orden de prelación.

De conformidad con lo que establece el artículo 128 fracción IV inciso c), de la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos. El Asociado que sea acreedor del quebrado (Asociante), es decir que éste último no le haya entregado su participación en las utilidades, no figurará en el pasivo de la quiebra, sino solamente por la diferencia que resulte a su favor después de cubiertas las cantidades que estuviera obligado a aportar el Asociado.

Lo anterior significa, que cuando el Asociante es declarado en quiebra, y entre ambas partes del Contrato de Asociación en Participación existen por cumplir obligaciones; fin el Asociante no le ha participado de las utilidades al Asociado, y éste último no ha

(56) Para mayor abundamiento en el tema véase, BARRERA GRAF, Jorge. Ob. cit. Pag. 249

(57) Para mayor abundamiento véase, GARRIGUES, Joaquín, Op. cit. Pag. 63

cumplido con sus aportaciones, se pueden compensar tales deudas, y si aún existe diferencia a favor del Asociado. Dicha cantidad será la que pueda exigir éste a la masa del quebrado.

En conclusión, el hecho de que el Asociante sea declarado en quiebra si es un modo de terminación, puesto que no podrá seguir realizando el o los actos de comercio, o ya sea el negocio mercantil permanente, y no podrá cumplir con la obligación tal cual se obligo, respecto de dar participación a la parte asociada.

Mientras que, por lo que respecta a la quiebra del Asociante, depende básicamente de si realizo sus aportaciones o no, al momento de ser declarado en quiebra.

Si al momento de declararse la quiebra, el Asociado ya había efectuado todas y cada una de sus aportaciones a que estaba obligado, no tiene por que darse por terminado el contrato puesto que perfectamente el Asociante puede continuar celebrando los actos o llevando a cabo el negocio mercantil permanente, y las utilidades se las participa al sindico de la quiebra.

Ahora bien, si el Asociado es declarado en quiebra antes de aportar a lo que se obligo en el contrato, o bien no ha cumplido con todas sus aportaciones puesto que estas eran periódicas, entonces estaremos ante la situación de que si es causal de terminación del contrato, ya que el Asociado no podrá cumplir con la obligación de aportar lo pactado y esta falta de cumplimiento da por terminado el contrato, a menos que el Asociante no lo desee, y de tal forma no invoque tal terminación, fundándose para esto en que con las aportaciones hechas puede continuar realizando el negocio mercantil o las operaciones comerciales, y no olvidemos además que si el juez autoriza al sindico a efectuar el aporte, estaremos en posibilidad de continuar el contrato (58), pero si lo que falta por aportar son obligaciones de hacer, definitivamente se debe de dar por terminado el contrato, en función de lo establecido en el inciso anterior.

De todo lo expuesto referente a la quiebra, podemos entender que la existencia de la misma en el Asociante origina la terminación del contrato, puesto que además del incumplimiento de obligaciones, hace imposible el objeto del contrato mismo y el Asociado no puede hacer valer todos sus derechos de acuerdo a lo pactado. Mientras que cuando

(58) Para mayor abundamiento en el tema ver, SATTI, Salvatore. Instituciones de Derecho de Quiebra, Traducido por Rodolfo Fontanarrosa, Ediciones Jurídica Europa Americana, 3ra. Edición, Argentina, 1951, Pag. 300

sucede la quiebra en el Asociado, resulta más complicado el determinar si existe o no terminación del contrato, pero básicamente se debe de estar en función, a si éste ya cumplió o no con las aportaciones pactadas, y que es lo que se comprometió a aportar.

E.- Liquidación.

Una consecuencia lógica de que se termine el Contrato de Asociación en Participación de acuerdo a los supuestos enumerados anteriormente, salvo la quiebra o muerte del Asociante (que el proceso de liquidación es diferente), viene a ser la liquidación, aunque equivocadamente se le da ese nombre, ya que a diferencia de la sociedad, la Asociación en Participación no cuenta con un patrimonio común, ni con un activo social, que al momento de liquidarse deba repartirse entre los acreedores, y el remanente distribuirse entre los socios (59).

Al igual que en los modos de terminación del contrato, el artículo 259 de la L.G.S.M. determina que la Asociación en Participación, salvo pacto en contrario se liquidará de acuerdo a las reglas para la sociedad en nombre colectivo, y por consecuencia a lo que establecen los artículos del 234 al 249 de la citada ley. Pero como bien dice Barrera Graf "por lo que se refiere a la liquidación, pese a lo que indica el artículo 259 de la L.G.S.M., ninguno de los artículos del 234 al 249, resultan aplicables a la Asociación en Participación, por que todos ellos pugnan con la naturaleza y los caracteres de la Asociación en Participación"(60), de igual forma opina Mantilla Molina siguiendo a Roblot, Vivante y Ferrí (61).

Debemos de entender que no existe una verdadera liquidación, por lo tanto, no se debe designar un liquidador, sino más bien, nos encontramos ante un arreglo de cuentas entre el Asociante y el Asociado, ya que como muchas veces lo hemos mencionado, aquel actúa en nombre propio, y resultaría ilógico que al terminar el contrato le nombrarán un liquidador (62).

Una vez terminado el contrato se efectúa un ajuste o arreglo de cuentas, donde el Asociante realiza los últimos actos pendientes para terminar con el contrato, entre los cuales se encuentra el hacer exigible al Asociado las aportaciones pendientes de realizar, esto es

(59) BARRERA GRAF, Jorge. Ob. cit, Pag. 248

(60) Idem

(61) Citados por Idem

(62) VIVANTE, Cesar. Ob. cit. No. 835, Pag, 585

común cuando existen pérdidas que soportar; una vez realizado lo anterior, el Asociante (como se estableció en el capítulo de obligaciones) rendirá las cuentas definitivas al Asociado, donde de acuerdo a los balances, documentos y estados financieros se determinará si hubo utilidades o pérdidas con motivo del negocio mercantil o bien de los actos comerciales, procediéndose en base a lo explicado, a participar de tales resultados.

Una vez concluido por llamarle así, el arreglo de cuentas; el o los Asociados pueden solicitar el reembolso de los bienes que aportó al Asociante, y que no le transmitió la propiedad y que además cumplió con las formalidades requeridas para tal caso (para mayor profundidad, ver el capítulo de derechos, principalmente los del Asociado).

Como resulta evidente, cuando se termina el contrato por quiebra del Asociante, el proceso de ajuste o arreglo de cuentas (liquidación), es de otra forma, ya que la entrega de las participaciones no será tan sencillo, sino que se estará supeditado al procedimiento judicial que se establece en la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos. Algo parecido sucede cuando el motivo de la terminación, sea el fallecimiento del Asociante, puesto que se estará al proceso que tiene que seguir un albacea, siendo igual que el Asociante hubiera o no dejado testamento.

Por lo que respecta al reembolso de los bienes aportados por el Asociado, siempre y cuando no hubiere transmitido la propiedad al Asociante, y además cumpliera con las demás formalidades necesarias para tales efectos, no tendrá que esperar todo el proceso que se lleva cabo para las herencias, basta que antes de que el Albacea del Asociante formule el inventario, el Asociado le acredite la propiedad del bien; puesto que si no consta fehaciéentemente, se discutirá en el Juicio correspondiente (artículos 1713 y 1714 del Código Civil para el Distrito Federal).

Por último, cuando el motivo de terminación del contrato de Asociación en Participación sea el que el Asociante (persona moral), se disuelva y se liquide, entonces para ajustar cuentas entre éste y el Asociado, se estará al proceso de liquidación del Asociante.

CAPITULO XI. JURISPRUDENCIA

Si deseamos desarrollar de manera clara y concreta el Contrato de Asociación en Participación, no podemos dejar de comentar, respecto de la jurisprudencia que existe en nuestro país, y en concreto sobre el tema que es de nuestro interés.

Al analizar en éste capítulo la jurisprudencia que existe respecto al Contrato de Asociación en Participación, nos ayudará a conocer los criterios de interpretación que tiene el poder judicial sobre la legislación aplicable a la figura jurídica en comento.

No. 515. ASOCIACION EN PARTICIPACION.- *La Asociación en Participación es efectivamente un contrato por el cual una persona permite a otras, que le aporten bienes y servicios, dándoles una participación en las utilidades y en las pérdidas de una negociación mercantil o de una o varias operaciones de comercio, según es definido por el artículo 252 de la L.G.S.M., y conforme a los artículos 253 y 257 de la misma, la asociación no tiene personalidad jurídica, razón social ni denominación; no esta sujeta a registro, la participación se fija en los términos del contrato; el asociante obra en nombre propio, no hay relación jurídica entre terceros y asociados, y los bienes aportados, salvo la excepción consignada en la Ley, pertenecen en propiedad al asociante. La Asociación en Participación no es pues, aunque constituye una unidad económica, sujeto de derecho y frente a terceros no hay más que la persona del asociante quien en nombre propio efectúa las operaciones propias de la asociación. No es más que un contrato que liga al asociante y al asociado; pero que no crea relación jurídica alguna con los terceros; por consiguiente, las cargas tributarias de una actividad mercantil son a cargo del asociante, frente al fisco, que es tercero y su distribución entre asociante y asociado en materia que hubiese celebrado, sin que en manera alguna pueda afectar el derecho del fisco. En tal virtud el asociante, persona física o moral, viene a ser el causante del tributo; pero cuando el asociado no es una sola persona física, sino varias que tampoco constituyen una persona jurídica, sino solamente son propietarios de la finca o negociación en cuya explotación se haya dado participación otras personas, y, puesto que el estado de copropiedad no significa la existencia de una personalidad distinta de los condueños, no puede considerarse al conjunto de copropietarios como una sola entidad para los efectos fiscales, sino cuando la ley que establezca el tributo así lo disponga.*

G. Canton Vda. de Ponce Elena y Coags. Tomo CXIII. Página 909. 1952.

Dicha jurisprudencia, viene a confirmar la definición establecida por el artículo 252 de la L.G.S.M., en igual sentido respecto de que la Asociación en Participación no tiene personalidad jurídica, ni razón o denominación social.

Mientras que la interpretación de la ley, es tendiente a que la asociación en sí, no es sujeto de derechos y obligaciones, sino que éste es única y exclusivamente el Asociante, ya que el contrato une sólo al Asociado con el Asociante, y en nada afecta al tercero.

Termina comentando que al fisco debe de entenderse como una tercera persona, respecto del Contrato de Asociación en Participación, y que las cargas tributarias del acto o negocio mercantil, son a cargo del Asociante.

No. 521. ASOCIACIONES EN PARTICIPACION.- Las asociaciones en participación carecen de personalidad jurídica, esto es, no pueden ser sujetos de derechos y obligaciones y, en tal virtud, no puede imponérseles condena de ninguna especie, ya que tampoco pueden concurrir a juicio.

Gallegos Alfonso. Tomo CXXIII. Página 2082. 1955.

Misma que nos da una interpretación de las consecuencias que origina el hecho de que, el Contrato de Asociación en Participación no genere una nueva personalidad jurídica distinta de los contratantes, y la cual viene a ser el hecho de que, no se puede concurrir a juicio en nombre y representación de una Asociación en Participación, para ser sujeto de sus derechos y obligaciones.

No. 523. ASOCIACION EN PARTICIPACION.- No existe celebrado entre las partes un contrato mercantil de asociación en participación, si ambas admitieron que lo convenido fue verbal sin revestir forma escrita alguna, ya que un contrato de esa naturaleza, por disposición expresa de la L.G.S.M. (artículo 254), debe de constar por escrito, y la falta de forma requerida en el caso implica una excepción legal a la regla del consentimiento válido por sí mismo, y hace que no pueda admitirse como tal, y tampoco tiene aplicación al caso los artículos 1, 2 y 4 de la misma Ley, por que se refieren exclusivamente a las sociedades mercantiles que la misma reconoce, entre las que no se encuentra comprendida la asociación en participación, ya que no es tal, stricto sensu, como lo revelan diferencias tan importantes como la carencia de la personalidad jurídica, distinta de la de sus aportaciones, puesto que se transmiten a una de las partes, al asociarse, que obra en nombre propio. Además, aún cuando en las convenciones mercantiles, cada uno se obliga a la manera y términos que parezca que quiso obligarse, sin que la validez del acto comercial dependa de la observancia de formalidades determinadas, la norma tiene excepciones y

cuando un contrato debe de constar por escrito, con arreglo a la ley, sino se satisface tal requisito, no producirá obligación ni acción en juicio.

Guerra de Mejía Delfina. Tomo CXXIII. Página 1977. 1955.

Dicho criterio viene a establecer claramente el elemento formal que implica que el contrato se celebre por escrito, y fundamenta su interpretación en el hecho de que el contrato debe de constar por escrito y con arreglo a la ley. Además hace mención a que el Contrato de Asociación en Participación no es una sociedad, y se debe entre otras cosas a la carencia de personalidad jurídica de aquella.

No. 544. ASOCIACION EN PARTICIPACION, CARACTERISTICAS DEL CONTRATO DE.- En el contrato de asociación en participación no se pueden pactar repercusiones directas de los actos del asociante en el asociado, pues se desvanecería, ipso facto, la asociación para entrar dentro de otra especie contractual; las relaciones entre asociante y asociado no pueden ser de aquellas que ligan a los asociados con los terceros, como son las de mandato; comisión, etc., porque pugnan con ese elemento esencial del contrato. Todo asociado carece de legitimación pasiva para responder de acciones deducidas con fundamento en actos celebrados o enajenados por el gestor asociante, y falta de legitimación activa de los terceros que no pueden invocar esa base frente a los asociados. Hecha la salvedad de las acciones de enriquecimiento injusto o de dolo, que tienen un fundamento propio y autónomo. En la asociación en participación, el gestor (asociante) es el único elemento activo y su voluntad es individual por que no es órgano de ninguna voluntad colectiva; se confía en él, en su diligencia, en su pericia y en su éxito; lo único que se participa, es el resultado de su actividad. Estos principios están consagrados por la L.G.S.M.. El artículo 252 establece la actividad autónoma del gestor y solamente en el resultado de ella participan los asociados. Ni fondo común ni actividades comunes. La unión es sólo para dividir los resultados; por eso no tiene personalidad jurídica, el gesto obra en su propio nombre (artículo 253 y 245). Tampoco habrá relaciones jurídicas entre los terceros y los asociados (artículo 256) como condición sine qua non de la existencia del contrato de asociación en participación. Si desapareciere esta última característica, desaparecería ipso facto la asociación para clasificarse en otra especie. No significa a éste principio la disposición del artículo 259 que establece como norma supletoria del funcionamiento, disolución y liquidación de estas asociaciones, las reglas que gobiernan a las sociedades en nombre colectivo, por que añade "en cuanto no punen con las disposiciones de éste capítulo". Debe de entenderse esta supletoriedad para que se normen las relaciones entre asociantes y asociados entre sí, pero nunca con respecto a terceros. si se pretendiera establecer la solidaridad subsidiaria de los asociados con el asociante con relación a terceros, como lo establece el artículo 25 de dicha Ley en las sociedades colectivas, se evaporaría ipso facto la esencia de aquel contrato. En confirmación de lo que se acaba de decir, la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, que extiende la

quiebra de la sociedad a los socios ilimitadamente responsables (art. 4) establece que la quiebra del asociante no produce la quiebra de los asociados pues el artículo 128 fracción IV, inciso c), al prever los efectos de la compensación dentro de la quiebra, ha consagrando la misma solución que daba el artículo 1021 del Código de Comercio en esta materia derogado, que los asociados en participación están fuera del concurso, como lo están los comanditarios en las comanditas y los accionistas de las anónimas.

Amparo directo 2940/1955. Gustavo Rocha. Septiembre 4 de 1957. Mayoría de 3 votos. Ponente: Mtro. Gabriel García Rojas. Disidente: Mtro Alfonso Guzmán Neyra. 3ra. SALA.- Sexta Epoca. Volumen III, Cuarta Parte, Pag. 39.

Considero esta jurisprudencia de suma importancia, puesto que nos aporta una serie de criterios, que a continuación me permito mencionar.

- El Asociado carece de legitimación pasiva, y no puede ser exigido por lo que realice el Asociante.

- Los terceros también carecen de legitimación activa, respecto del Asociado, por los actos del Asociante.

- En la Asociación en Participación no existe fondo común, ni actividades comunes, sólo se busca dividir los resultados.

- No hay relación jurídica entre Asociados y terceras personas, siendo éste un requisito sine qua non de la Asociación en Participación.

- La supletoriedad de la Sociedad en Nombre Colectivo, es sólo para que norme las relaciones entre Asociante y Asociado, y en nada afecten respecto a las terceras personas.

- No aplica la solidaridad subsidiaria de los asociados con respecto a las obligaciones del Asociante.

- La quiebra del Asociante no produce la del Asociado.

No. 546. ASOCIACION EN PARTICIPACION. FORMALIDAD EN LA APORTACION DE LOS BIENES RAICES.- La aportación de un bien raíz a una asociación en participación debe de hacerse constar en escritura pública y si no se otorga esa formalidad, se está en el caso a que se refiere el artículo 257 de la L.G.S.M. en relación con el artículo 2960 del Código Civil supletorio de la Ley Mercantil, y los terceros a los que el asociante venda ese bien están en posibilidad y obligación de saber que la propiedad de tal bien raíz no ha pasado a dominio del asociante.

Amparo Directo 2940/1955. Gustavo Rocha. Septiembre 4 de 1957. Mayoría de 3 votos. Ponente: Gabriel García Rojas.

Determina un criterio de las autoridades judiciales, y el cual viene a sustentar lo establecido por la L.G.S.M.. Cuando un Asociado transmite la propiedad de un bien inmueble al Asociante en calidad de aportación, esta se debe de llevar a cabo en escritura pública e inscribirse en el Registro Público de la Propiedad, y en caso de no ser así. Se entenderá que no se transmite la propiedad, puesto que no se cumplió con las formalidades que se requieren de acuerdo a la naturaleza del bien.

No. 548. ASOCIACION EN PARTICIPACION, TITULOS DE CREDITO SUSCRITO POR LAS.- No es necesario asentar en el título de crédito, como entidad obligada, el nombre de la Asociación en Participación, por que de acuerdo a lo que dispone los artículos 253 y 256 de la L.G.S.M., las asociaciones en participación carecen de personalidad jurídica y es el asociante quien se obliga en nombre propio, ya que tampoco existe relación jurídica entre los terceros y el asociado.

Amparo Directo 6000/59/2a. Arturo Angulo Carrillo. Marzo 16 de 1962. Unanimidad de 5 votos. Ponente: Mtro. Mariano Azuela.

3ra. SALA.- Sexta Epoca, Volumen LVII, Cuarta Parte, Pag. 82.

Esta viene a ser una consecuencia lógica de que, el Asociante actúa en nombre propio. Por lo tanto todos los títulos de créditos girados por él, y los que sean en favor del mismo, se les debe de anotar el nombre del Asociante en calidad de deudor o acreedor, dependiendo con el carácter que intervenga en el Título de Crédito.

No. 5044. SOCIEDADES IRREGULARES O DE FACTO, PRUEBA DE LAS.- Para tener por justificada en el proceso mercantil la existencia de facto de una sociedad irregular, es suficiente con que en el juicio se prueben los actos mediante los cuales la persona moral se revelo como tal ante terceros.

Amparo Directo 2370/77.- Vicente Huerta Martínez. 13 de Marzo de 1978. unanimidad de 4 votos. Ponente: J. Ramón Palacios Vargas.

3ra. SALA. Séptima Epoca. Volumen 109-114, Cuarta Parte. Pag. 162. Volumen XIX. Página 213.

Por simple analogía, esta jurisprudencia viene en apoyo de lo establecido en la parte final del capítulo de la naturaleza jurídica, puesto que basta que se ostenten mediante actos como una sociedad ante terceros, para considerarse a la Asociación en Participación como Sociedad Irregular.

No. 509. ASOCIACION EN PARTICIPACION. - Si el quejoso se asoció con el tercero perjudicado, para participar en las utilidades que le concedía a éste, la Nacional Distribuidora y Reguladora, en la venta de las mercancías, a cambio de los servicios consistentes en la colaboración que iba a prestarle en la distribución y venta de esas mercancías, se está en presencia de una asociación en participación sujeta a la L.G.S.M. y definida en el artículo 252 de la misma Ley, toda vez que reúne los requisitos esenciales prescritos en dicha disposición legal.

Garmendía Rogelio.- Pág. 1372, Tomo XCIX, 1949.

La jurisprudencia citada en el párrafo anterior, nos confirma lo que establece para tales efectos la L.G.S.M., en lo referente a que el Asociado puede aportar servicios al Asociante, para que éste último (persona física o moral) le participe de las utilidades o pérdidas obtenidas del negocio o acto mercantil.

CAPITULO XII. ELEMENTOS PRACTICOS DEL CONTRATO DE ASOCIACION EN PARTICIPACION.

Es intención de éste capítulo aportar al lector datos prácticos y formas de apoyarse en elementos de derecho, que bien aplicados, pueden ir en beneficio de un mejor aprovechamiento de la figura Jurídica aquí estudiada.

Con esto no quiero decir que todo lo expuesto anteriormente y lo que dispone la legislación mercantil y el derecho común aplicable, no tenga fuerza de obligatoriedad, sino más bien, que respetando todo lo ya comentado y utilizando datos prácticos se estará en posibilidades de encontrar más amplio el campo de aplicación de la Asociación en Participación.

De conformidad con lo establecido en el capítulo de obligaciones y en el de derechos del presente trabajo, se ha concluido que la parte Asociada no puede aportar trabajo personal y subordinado a la Asociación en Participación, puesto que se estaría en una relación laboral, e invariáblemente no podría estar supeditado su retribución a un acontecimiento futuro e incierto, como es el de las utilidades; sino que más bien, debe de ser resarcido mediante un sueldo. Pues bien, existe la posibilidad de que el Asociado lleve a cabo un trabajo subordinado y reciba por éste un sueldo, y además una participación de las utilidades del negocio llevado a cabo por motivo de la Asociación en Participación.

En un principio parece ilógico lo antes expuesto, pero fundo mi dicho en lo siguiente:

Cuando en un Contrato de Asociación en Participación, se conviene que el Asociado va a aportar al Asociante determinados bienes, y que a cambio éste último le participará de las utilidades o pérdidas del acto o negocio mercantil; debemos considerar la entrega del bien como la aportación que realiza el Asociado y lo que le da la calidad de tal. Pero si en el contrato no se estableció que el Asociado prestaría su trabajo como aportación, y sucede que éste último desarrolla una actividad laboral en favor del Asociante, entonces, aquel podrá recibir independientemente de las utilidades que les correspondan, un sueldo por dicho trabajo.

Considero lo anterior perfectamente válido, puesto que la calidad de Asociado se da por la aportación del bien que se estipuló en el contrato, mientras que el trabajo que lleva a cabo éste último no es considerado como aportación, sino como un simple trabajo subordinado por el cual se recibe un sueldo (63).

Con esto debemos de entender que un Asociado que aporta bienes para realizar una Asociación en Participación, puede trabajar para el Asociante y por tal situación recibir un sueldo fijo, siempre y cuando dicho trabajo no sea considerado como aportación al Asociante, ya que eso nos ubicaría dentro del supuesto de que el trabajo personal subordinado no puede ser considerado como aportación del Asociado. Bajo el mismo supuesto nos encontraríamos, si en lugar de que el Asociado recibiera un sueldo por su trabajo personal subordinado, percibiera honorarios por la prestación de servicios independientes en favor del Asociante.

Este primer elemento práctico, viene a ser de provecho para la parte Asociada que aporta bienes, debido a que no es necesario esperar a las utilidades para recibir ingresos, sino que, los que además trabajan o prestan sus servicios al Asociante, pero no en calidad de aportación, tienen derecho a recibir un sueldo u honorarios, según corresponda. Sobre todo si el Asociado, única y exclusivamente recibe ingresos por las utilidades de la Asociación en Participación.

Podemos considerar como otro elemento análogo al citado anteriormente, cuando el Asociado aporta al Asociante servicios (obvio es que no deben ser de forma personal y subordinada), y a cambio de esto recibe una participación en las utilidades o pérdidas del negocio comercial. Y a la vez o posteriormente, el Asociado entrega en propiedad un bien al Asociante, pero no en calidad de aportación, sino como una simple compra-venta; con lo que el Asociado, además de recibir su participación en las utilidades o pérdidas, va a recibir un ingreso por la enajenación del bien, e incluso éste último ingreso lo puede estipular que se lleve a cabo en pagos periódicos. Es posible que en lugar de transmitir la propiedad del bien, sólo se transmita el uso y goce, y a cambio se reciba una renta periódica.

Estos elementos prácticos, tanto el de no considerar como aportación el trabajo personal subordinado o los servicios; o bien, la de transmitir la propiedad del bien o el uso y goce mediante el arrendamiento, resultan de provecho para el o los Asociados puesto que les dará la liquidez que en la actualidad tanto se necesita.

(63) Véase para mayor profundidad, LIMON AGUIRRE, Mauricio. Ob. cit, Pag. 222

Quando sin existir un contrato de Asociación en Participación, el dueño de un negocio mercantil, otorga a otra persona un poder general, para que éste a su vez administre tal negocio, y a cambio aquel le concede un porcentaje en las utilidades del negocio, podemos considerar que hay una Asociación en Participación, aunque esta se encuentra afectada de nulidad relativa, como se explicó en el capítulo de los elementos formales. Nos encontramos en esta situación ante un supuesto factor; ahora bien, es el dueño del negocio al que en su nombre se originan los derechos y obligaciones, y mismas que lleva a cabo el apoderado, siendo la aportación de éste último, los servicios.

Como dice Mantilla Molina, "el factor que preste sus servicios a cambio de una participación en las utilidades del negocio, la cual constituye su única remuneración, y además goza de suficiente libertad para actuar, debe de entender que el contrato que lo liga al dueño del negocio, es el de Asociación en Participación" (64)

Puede pensarse que lo explicado en el párrafo anterior, es combatido por el artículo 318 del Código de Comercio, el cual menciona que no tendrá el carácter de Asociado, ni de socio, si el factor estuviera interesado en las utilidades del giro. Pero si analizamos que el artículo 252 de la L.G.S.M. define a la Asociación en Participación como un contrato por el cual una persona concede a otras que le aportan bienes y servicios una participación en las utilidades o pérdidas del negocio mercantil, podemos deducir que el artículo citado nos da la pauta para considerar que, cuando un factor aporta sus servicios al dueño del negocio a cambio de un porcentaje en las utilidades, nos encontramos ante una Asociación en Participación, y nada válido es el argumentar que el factor no participa de las pérdidas, ya que se entiende a éste como un socio industrial, de acuerdo al artículo 16 fracción III de la L.G.S.M. (65).

Es valioso establecer claramente bajo qué supuesto actúa el factor, ya que puede llevar a cabo su función bajo un contrato de prestación de servicios y recibir remuneraciones en honorarios, o bien cuando el dueño se reserva facultades para dar instrucciones y ordenes al factor, y éste último actúa como un mero ayudante, por lo tanto habrá subordinación y en consecuencia relación laboral. Es pues, importante examinar las causas que originaron la función del factor, para de tal forma diferenciar el que interviene en una Asociación en Participación, de los que sólo son trabajadores, y de los que reciben honorarios por la prestación de servicios.

(64) MANTILLA MOLINA, Roberto. Ob. cit., Pág. 164

(65) Sírvase ver el capítulo IV, REYES MORA, Oswaldo. Ob. cit.

Por lo anteriormente expuesto, se puede considerar que nos encontramos ante una Asociación en Participación, pero no debemos de olvidar lo establecido dentro del capítulo de elementos formales, en cuanto a que el contrato debe de constar por escrito, y en el elemento práctico aquí explicado no se celebró a través de ningún documento, por lo tanto debemos de concluir que cuando el factor actúa mediante un poder en nombre y representación del dueño del negocio, y a cambio recibirá utilidades, entonces, deberá de considerarse que surten provisionalmente los efectos de una Asociación en Participación, pero se encuentran afectados de nulidad relativa y hasta en tanto no se formalice a través de un documento, seguirá afectado de dicha nulidad el multicitado contrato.

Podemos concluir que nos encontramos ante un supuesto que puede ubicarse tanto como una Asociación en Participación o no, dependiendo de sutilezas como son, la calidad con que lleva a cabo los servicios el factor, como se ostenta éste último ante terceros, si al estar afectado de nulidad relativa es impugnado por el dueño del negocio, razón por la cual no es la mejor opción para celebrar un Contrato de Asociación en Participación; pero no por eso, podemos negar la posibilidad práctica de que encontrándose alguien en tal situación, no pueda celebrar el contrato en comento, cumpliendo todas las formalidades que existen para tal caso.

Sería un error el hecho de no hacer mención de la posibilidad que existe en la actualidad y debido al modelo económico en que vivimos, de que el Asociado aporte derechos de autor, patentes, marcas, secretos industriales, o en su caso asistencia técnica al Asociante, para que éste último use y explote los mismos con la única finalidad de realizar el objeto de la Asociación en Participación.

Este tipo de aportaciones son muy validas y prácticas en la actualidad, sobre todo cuando el Asociante busca el derecho de uso de un determinado bien, más que a la persona en sí que lo aporta, tal es el caso con las patentes, marcas, derechos de autor. Mientras que cuando lo que aporta el Asociado es asistencia técnica definitivamente lo importante es la persona que actúa como Asociado puesto que depende más que todo de sus conocimientos.

Es importante comentar dentro de éste supuesto, que cuando el Asociado aporta los derechos de explotación de una marca, patente o en general cualesquier propiedad industrial sólo se entenderá transmitido el uso temporal de tal derecho, puesto que para que surta efecto contra terceros una transmisión plena se debe de inscribir en el Registro Nacional de Transferencia de Tecnología.

Otro elemento práctico de la Asociación en Participación, es la posibilidad de estarse modificando el contrato conforme se vaya desarrollando el negocio mercantil. Esto quiere decir, que nada impide que por voluntad de ambas partes y con posterioridad a la celebración del contrato mismo, se lleven a cabo convenios modificatorios; puesto

que como hemos visto, existe un derecho, mediante el cual, por común acuerdo se puede dar por terminado dichas obligaciones contractuales, y aunado a esto sabemos que, las obligaciones de ambas partes son recíprocas y pueden ser exigibles sólo entre ellos, razón por demás para aceptar la posibilidad de celebrar tales modificaciones.

Debemos de tomar en cuenta que dichos convenios no deben de afectar la esencia misma de dicha figura jurídica, ya que entonces nos ubicaríamos dentro de otro supuesto jurídico; es decir, no se estaría ante un Contrato de Asociación en Participación.

Estos convenios modificatorios, pueden ir en función de la necesidad de cambiar o sustituir la aportación que ya efectuó o que va a efectuar el Asociado, o bien, variar los porcentajes de participación del Asociado y el Asociante, incluir nuevas obligaciones de las partes o en su caso dejar sin efecto alguna de las ya estipuladas.

Lógicamente éstos convenios, deben de modificar o extinguir las obligaciones estipuladas en el Contrato de Asociación en Participación, y debiendo llevarse a cabo mediante un escrito (elemento formal), y por la voluntad exteriorizada de ambos y por un acuerdo de voluntades de los mismos (elementos personales).

En conclusión, podemos decir que es perfectamente posible modificar por acuerdo de ambas partes el contrato de Asociación en Participación, siempre y cuando no se afecte la esencia del mismo.

Es claro que las anotaciones prácticas respecto de éste contrato pueden ser innumerables. Evidentemente no es intención de un servidor, mencionar todas y cada una de ellas, sino sólo las que en dado caso, a mi juicio, son de mayor utilidad.

CAPITULO XIII. ASPECTO FISCAL

1) Generalidades

Resultaría de poco valor la presente tesis, si en ella no se contemplara un capítulo específico para analizar las repercusiones fiscales que ocasiona el celebrar un Contrato de Asociación en Participación, originándose lo anterior, en función de la necesidad que existe actualmente de conocer en forma íntegra las consecuencias, riesgos y beneficios que conlleva el hecho de efectuar de tal o cual forma un negocio mercantil.

Encontramos el fundamento de la obligación tributaria de cualquier persona, incluso la del Asociante y Asociado en el Artículo 31 Fracción IV de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, donde se determina que los Mexicanos debemos de contribuir para el gasto público tanto federal, local como municipal, debiendo ser en forma proporcional y equitativa, además, también los extranjeros cuando se ubican en determinados supuestos fiscales, como se verá en éste capítulo.

Si al párrafo anterior lo analizamos en forma conjunta con lo que establece el Artículo 73, Fracciones VII y XXIX de la Constitución, donde se especifica que el Congreso de la Unión está facultado para establecer las contribuciones necesarias para cubrir el presupuesto federal. Podemos entender que las autoridades legislativas competentes a través de los ordenamientos jurídicos, determinan o ubican a las personas sean físicas o morales dentro de los supuestos de pago de contribuciones, no siendo la excepción a lo aquí mencionado, las partes que intervienen en el Contrato de Asociación en Participación.

No olvidemos que a lo largo del presente trabajo se ha sostenido que el Contrato de Asociación en Participación, no tiene personalidad jurídica, ni patrimonio propio; pues tales principios deben de ser aplicados al aspecto fiscal y entender que el sujeto en dicha materia no es la Asociación en Participación, sino más bien las partes que intervienen en la misma, claro, con las peculiaridades a que haremos mención en éste capítulo.

Dentro del capítulo de los efectos, hicimos referencia a los que se originaban debido a la relación con las terceras personas ajenas al Contrato de Asociación en Participación, así como también ubicamos a

los sujetos que se encontraban catalogados como dichas personas, y en concreto al fisco. Por lo que todas las especificaciones y ordenamientos legales que eran aplicados respecto del Asociante y Asociados con las terceras personas serán nuevamente utilizados en éste capítulo.

En éste capítulo analizaremos básicamente lo referente a la L.I.S.R. y su reglamento, ya que es la única Ley que determina disposiciones específicas para las partes contratantes en la Asociación en Participación, y teniendo por supuesto como apoyo jurídico el Código Fiscal de la Federación y su reglamento.

LEY DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA

Es la L.I.S.R., la encargada de gravar todos y cada uno de los ingresos y utilidades originadas por cualesquier actividad lícita llevada a cabo por personas físicas y morales residentes en nuestro país, así mismo, las efectuadas por residentes en el extranjero, pero con establecimiento permanente en el País y que tengan ingresos atribuibles a dicha actividad, o bien, residentes en el exterior cuya fuente de ingresos se encuentre en México, sin importar que tengan o no establecimiento permanente en nuestro país o en caso de tenerlo, que tales ingresos no sean atribuibles a él. (artículo primero de la L.I.S.R.).

Ahora bien, por lo que respecta al Contrato de Asociación en Participación, la L.I.S.R. se ocupa principalmente de éste, en el artículo 8 y en el antepenúltimo párrafo del artículo 2.

Para un mayor entendimiento del lector, analizaremos detalladamente los artículos citados anteriormente y de paso sea dicho, haremos mención a las demás características y obligaciones en que se ubican las partes Contratantes, por el simple hecho de ser sujetos del Impuesto Sobre la Renta.

Para entrar al estudio del Artículo 8, me permito transcribirlo literalmente:

"Cuandos dos o más contribuyentes celebren un Contrato de Asociación en Participación, el Asociante será quien cumpla por sí y por cuenta de los asociados las obligaciones señaladas en esta Ley, incluso la de efectuar pagos provisionales. El Asociante y los asociados, acumularán cada uno a sus ingresos en el ejercicio, la parte de la utilidad fiscal, en la proporción que de las utilidades le corresponda en los términos del contrato, o en su caso, deducirán la pérdida fiscal, y pagarán individualmente el impuesto del ejercicio,

acreditando proporcionalmente el monto de los pagos provisionales, incluyendo su ajuste, efectuados por el Asociante. Cuando el Asociante o alguno de los asociados sea persona física, considerará estas utilidades como ingresos por actividades empresariales.

Para determinar la participación en la utilidad o pérdida fiscal, se atenderá al ejercicio fiscal del Asociante.

Para los efectos del impuesto establecido en esta Ley, se presume que los asociados enajenan los bienes aportados al Asociante, salvo que se trate de bienes inalienables o se establezca expresamente lo contrario en el contrato que al efecto se celebre, caso en el cual la deducción por inversión del bien de que se trate sólo podrá efectuarse por el Asociado propietario del bien.

Los pagos provisionales se calcularán tomando en cuenta el coeficiente de utilidad que se obtenga considerando los ingresos percibidos y la utilidad obtenida por la asociación en participación conforme al artículo 12 o 111 de esta Ley, según sea el Asociante persona moral o física, respectivamente. Cuando no se determinen coeficiente de utilidad conforme a lo anterior se tomará el que corresponda al Asociante, en los términos de los artículos citados. En el primer año de calendario en que se realicen las operaciones se considerará como coeficiente de utilidad para efectuar los pagos provisionales el del Asociante o, en su defecto, el que corresponda en los términos del artículo 62 de esta Ley, a la actividad preponderante que se realice mediante la Asociación en Participación. Para tales efectos el Asociante presentará una declaración por sus propias actividades y otro por las de la asociación en Participación.

Cuando uno o varios de los asociados residan en el extranjero, el Asociante deberá presentar la declaración que les corresponda y pagará el impuesto respectivo. Si el Asociado residente en el extranjero tiene uno o varios establecimientos permanentes en el país, considerará los pagos efectuados por dichos establecimientos como pagos provisionales a cuenta del impuesto que corresponda al Asociado residente en el extranjero.

Cuando el Asociante residente en el extranjero no tenga establecimiento permanente en el país y los ingresos de la Asociación procedan de fuente de riqueza situada fuera del territorio nacional, el Asociado residente en México deberá acumular a sus ingresos en el ejercicio, la parte proporcional que el corresponda, conforme al Contrato respectivo, de la utilidad fiscal de la asociación, pudiendo acreditar contra el impuesto sobre la renta a su cargo, el impuesto sobre la renta pagado en el extranjero por tales ingresos en el proporción que corresponda, de acuerdo a lo señalado por el artículo sexto. de esta Ley.

Los asociados responderán por el incumplimiento de las obligaciones que por cuenta deba cumplir el Asociante."

El sistema que se utilizará para desarrollar el análisis del artículo anterior, está en función del expuesto por Reyes Mora en su libro *Contrato Mercantil de Asociación en Participación*.

1) CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES POR PARTE DEL ASOCIANTE.

"Cuando dos o más contribuyentes celebren un Contrato de Asociación en Participación, el Asociante será quien cumpla por sí o por cuenta del Asociado las obligaciones señaladas por esta Ley, incluso la de efectuar pagos provisionales".

Desde el inicio de la redacción de éste artículo, se nos establece claramente que el sujeto del impuesto no es la Asociación en Participación sino las partes que intervienen en el mismo, y esto tiene un fundamento lógico, puesto que como vimos en el capítulo II de esta Tesis no existe una nueva figura jurídica ni un nuevo patrimonio creado con la celebración del Contrato, sino que siguen siendo las partes del mismo las que son sujetas de derecho y obligaciones. Por lo tanto y en función de lo que establece el artículo 1 de la L.I.S.R. podemos deducir que sólo son sujetos del I.S.R. las personas físicas y morales; y en la Asociación en Participación no es una persona moral distinta de los que en ella intervienen.

Una vez determinado que la Asociación en Participación por sí misma no es sujeto del I.S.R., sino que son el Asociante y Asociado, vemos que el artículo 8, contempla a ambas partes puesto que menciona que "cuando dos o más contribuyentes celebran un Contrato de Asociación en Participación...", deduciéndose que no sólo el Asociante es sujeto del I.S.R., sino también la parte Asociada, e inclusive a todos y a cada una de las personas que la conforman. Dicha redacción la considero acertada ya que puede suceder que sean dos o más personas las que intervengan como Asociados en el Contrato, y así lo explico en la clasificación que hago del mismo, en específico en el carácter bilateral de dicho instrumento legal.

Una de las características del Asociante es que actúa en nombre propio, o bien, lleva a cabo en nombre propio el acto o negocio mercantil permanente, y de la misma forma responde ante terceros de todas sus consecuencias. Este principio se aplica en materia fiscal ya que el Asociante debe cumplir con todas las obligaciones que establece la L.I.S.R. a los contribuyentes, lógicamente siempre y cuando le sean aplicables, y no sólo con las de él, sino también con las de la parte Asociada.

Además se especifica que debe cumplir con la obligación de efectuar los pagos provisionales, entendiéndose por éstos los que se cubren a cuenta de lo que se deben pagar al concluir el ejercicio por las utilidades obtenidas a través de la realización del acto o negocio mercantil. Si bien es cierto, que la obligación de cumplir con dichos pagos es por parte del Asociante, esto no quiere decir que los tenga que desembolsar de su patrimonio, sino más bien su obligación se concreta a llevar a cabo la presentación del pago, pero de acuerdo al porcentaje que le corresponde a cada una de las partes respecto de los ingresos originados a través de actos comerciales o negocio mercantil derivado de la Asociación en Participación.

De todo lo expuesto en éste inciso 1) podemos concluir dos aspectos importantes: i) la L.I.S.R. no cataloga como sujeto del impuesto a la Asociación en Participación, sino más bien a las partes que intervienen en el mismo, sin importar que sean dos o más las personas físicas o morales que se ubiquen como Asociado; ii) que el Asociante es quien cumple con las obligaciones ante el fisco por lo que respecta a éste impuesto, pero como veremos al analizar la parte final del artículo que nos concierne, concluiremos que esta regla general se rompe en materia fiscal.

2) LA UTILIDAD O PERDIDA.

"El Asociante y los Asociados acumularán cada uno a sus ingresos del ejercicio, la parte de utilidad fiscal, en la proporción que de las utilidades les corresponda en los términos del Contrato, o en su caso la pérdida fiscal y pagarán individualmente el impuesto del ejercicio, acreditando proporcionalmente el monto de los pagos provisionales incluyendo su ajuste, efectuado por el Asociante."

Aquí se debe recordar lo mencionado en el capítulo referente a los elementos reales, en el sentido de que ambas partes persiguen un afán de lucro y que por lo tanto buscan obtener utilidades, pero por lo mismo, se encuentran supeditadas a la posible existencia de pérdidas, reflejándose ese deseo de ganancias en los porcentajes estipulados en el Contrato y en función de los cuales participará cada una de las partes en las utilidades o pérdidas, sin olvidarnos que si no se establecen tales porcentajes en el clausulado, se estará a lo dispuesto por la L.G.S.M..

La utilidad o pérdida mencionadas en el párrafo inmediato anterior, se origina de los actos o negocios mercantiles estipulados en la Asociación en Participación y mismos que son llevados a cabo por el Asociante en nombre propio, razón por la cual éste último lleva por separado la contabilidad de tales actos o negocios. Es pues que primeramente el Asociante debe determinar las utilidades o pérdidas que existieron para posteriormente establecer en función de los porcentajes, la participación que le corresponde a cada uno de ellos.

Una vez que se determinó el porcentaje de participación, cada uno y por separado lo deberá acumular a sus ingresos, en caso de que se obtuvieran utilidades; mientras que si existen pérdidas, deberán las partes deducirlas éstas de sus ingresos. Lo anteriormente expuesto se debe a que cada una de las partes y en forma independiente son sujeto del I.S.R..

Por ejercicio fiscal deberá entenderse el tiempo que transcurre del inicio de la operación o negocio mercantil hasta el cierre de cuentas, según lo determinado por el artículo 11 del C.F.F..

Esto viene a darnos la idea de que tanto el Asociante como el Asociado debe incluir dentro de su patrimonio, lo que les corresponda como resultado de la Asociación en Participación. Puede suceder que una o ambas partes lleven a cabo otras actividades, y por las cuales perciban ingresos diferentes de los que se obtienen a través de la Asociación en Participación, debiéndose acumular aquellos a éstos, o viceversa, siempre y cuando la Ley autorice dicha acumulación; pudiéndose obtener éstos en efectivo, bienes tangibles o intangibles, o en ingresos a futuro (crédito).

De acuerdo con el artículo 8 de la L.I.S.R. en relación con los artículos 58 fracción VIII y el 139 del mismo ordenamiento, es obligación de cada una de las personas que intervienen en el Contrato, presentar su declaración anual por los ingresos obtenidos en la Asociación en Participación, sea utilidad o pérdida, y de tal forma pagar el impuesto correspondiente; pero a dicha determinación tributaria debemos descontar los pagos provisionales que debió haber efectuado el Asociante en función del porcentaje que a cada uno le aplica de acuerdo al Contrato, es decir, que tanto el Asociante como los Asociados deben reducir del impuesto a pagar su porcentaje correspondiente de los pagos provisionales efectuados.

Una vez que el Asociante determina la cantidad que le corresponde a cada una de las partes respecto de las pérdidas o utilidades, éstos deberán acumularlo a sus otros ingresos en caso de que hubiera utilidad, o deducirlo de los mismos si el resultado de la Asociación en Participación fuera pérdida.

Como el Asociante lleva a cabo en nombre propio todo lo referente a la Asociación en Participación, es también su obligación llevar la contabilidad de la misma y por separado, con el objeto de poder establecer al final del ejercicio las utilidades o pérdidas fiscales que se obtuvieron.

3) ACTIVIDAD EMPRESARIAL, LOS INGRESOS DE PERSONAS FISICAS.

"Cuando el Asociante o alguno de los Asociados sea persona física, considerará estas utilidades como ingresos por actividades empresariales"

La legislación aplicable al I.S.R., dentro de su índice contempla a las personas físicas en el título IV, y dentro de éste último, cataloga diez posibles formas de obtener ingresos por parte de dichas personas. Es en concreto el capítulo VI, el que regula los ingresos por actividades empresariales pudiendo ser a través del régimen general a las actividades empresariales o bien mediante el régimen simplificado a las actividades empresariales (66).

De acuerdo al citado artículo octavo, se ve claramente que toda persona física debe de tributar o de entender los ingresos obtenidos como actividad empresarial. Es válido cuestionarse el porqué el legislador ubico invariablemente los ingresos como derivados de dicha actividad. A continuación me permito determinar según mi opinión porqué es acertada la decisión del legislador.

La actividad empresarial, es el ejercicio de la facultad de obrar, con la finalidad de buscar un beneficio económico, pretendiendo siempre un afán de lucro.

El artículo 16 del C.F.F. menciona en la fracción I, que se entiende por actividades empresariales .. las comerciales que de conformidad con las leyes federales tienen ese carácter y no están comprendidas en las fracciones siguientes...". El artículo 75 del Código de Comercio (Ley Federal) enumera cuales son los actos mercantiles.

Tomando en consideración los conceptos que establece el C.F.F. y la L.I.S.R., en relación con quiénes son los que realizan tales actividades, podemos inferir de una manera lógica que una de las diversas formas (desde el punto de vista fiscal) de entenderse actividad empresarial, es el obrar de una determinada forma, derivándose de esta un acto de comercio, el cual es oneroso y lucrativo, con esto no queremos decir que sólo las actividades comerciales sean empresariales.

(66) Para mayor abundamiento en el análisis de las dos opciones que tienen las personas físicas que intervienen en la Asociación en Participación, en la forma de tributar; es conveniente que lleven a cabo una lectura del artículo 107 al 119-L de la L.I.S.R., puesto que la intención del autor no es determinar la forma práctica y operativa del sistema que regula las partes, sino determinar únicamente los supuestos fiscales que origina celebrar el Contrato de Asociación en Participación.

Pues bien, como al celebrarse una Asociación en Participación se busca participar en las utilidades o pérdidas (afán de lucro) que se generen de actos o negocios mercantiles, y éstos últimos son catalogados como actividades empresariales por el artículo 107 de la L.I.S.R., es de concluirse que los ingresos que obtenga una persona física que intervenga en una Asociación en Participación deberá considerarlo como derivado de una actividad empresarial y sujetarse a lo que establece el capítulo VI del título IV de la L.I.S.R..

4) EL EJERCICIO FISCAL COMO ELEMENTO ESENCIAL PARA DETERMINAR EL MOMENTO DE REPARTO.

"Para determinar la participación en la utilidad o pérdida fiscal, se atenderá al ejercicio fiscal del Asociante".

Es evidente que el legislador tuvo la intención de establecer un control en cuanto al momento en que el Asociante y Asociados son participados de las utilidades o pérdidas, y con intuición jurídica se apoya en la naturaleza del Contrato y se sujeta al ejercicio fiscal del Asociante, por una razón evidente, esta es la persona que lleva a cabo el negocio a nombre propio.

Los ejercicios fiscales sean para personas físicas o morales siempre terminan el día 31 de diciembre de cada año, por lo tanto las participaciones en las utilidades o pérdidas se harán hasta esa fecha.

Si con la celebración de la Asociación en Participación se busca llevar a cabo un negocio mercantil permanente, el cual puede durar varios años o por lo menos uno, lo determinado en éste punto 4) suena lógico, ya que basta esperar al transcurso del tiempo y al final del año, determinar las utilidades o pérdidas y aplicar lo expuesto en el punto 2) (la utilidad o pérdida) del presente capítulo fiscal.

Si lo anteriormente señalado, lo correlacionamos con lo dispuesto por el párrafo segundo del artículo 11 del C.F.F., podemos determinar que no necesariamente se aplica tal regla, puesto que si se celebró para una o varias operaciones comerciales nada impide que a los que intervengan en la Asociación en Participación se les participe al momento de finalizar el acto o cada uno de ellos. Así mismo puede suceder, cuando la vida contractual de la Asociación en Participación no llegue al final del ejercicio fiscal del Asociante, en función de que se aplique uno de los modos de determinación como puede ser el mutuo consentimiento, imposibilidad del negocio, etc., y esto origine la liquidación del Contrato, o más bien el ajuste de cuentas anticipado, por lo cual tampoco sería necesario esperarnos al fin del

ejercicio fiscal. En otras palabras puede suceder, que por cualquiera de los modos de terminación que se establecieron en el capítulo X, punto D), no sea necesario atender o encontrarse supeditado al vencimiento del ejercicio fiscal del Asociante, puesto que se aplicará la liquidación o ajuste de cuentas de la Asociación en Participación conforme a lo desarrollado en el capítulo X, punto E).

La excepción anterior no significa que al momento de terminación del Contrato y cuando las partes reciban su participación deba llevarse a cabo la declaración anual, sino más bien se estará a lo dispuesto en el punto 2) de éste capítulo, y acumularlo a los demás ingresos obtenidos por otras actividades, y junto con éstos otros, esperarse a presentar de acuerdo a su ejercicio fiscal la declaración anual correspondiente.

5) PRESUNCION DE ENAJENACION DE BIENES APORTADOS

"Para los efectos del impuesto establecido en esta Ley, se presume que los Asociados enajenan los bienes aportados al Asociante, salvo que se trate de bienes inalienables o se establezca expresamente lo contrario en el Contrato que al efecto se celebre, caso en el cual la deducción por inversión del bien de que se trate sólo podrá efectuarse por el Asociado propietario del bien".

La interpretación que hace la L.I.S.R. respecto a las aportaciones de bienes es análoga a lo que establece el artículo 257 de la L.G.S.M., puesto que en un principio considera que dicha aportación es una enajenación, apoyo mí dicho principalmente en lo que establece la fracción III del artículo 14 del C.F.F., debiendo considerar la parte Asociante tal situación como un ingreso por adquisición de bienes, o bien, la parte Asociada como ingresos por enajenación de bienes.

Las excepciones a la regla enumerada en el párrafo anterior serán el no considerar como enajenación cuando el bien es inalienable, o cuando en el Contrato se establezca que no se transmite la propiedad del bien.

La primera excepción es evidente, puesto que cuando un bien es inalienable esto hace que sea imposible que se enajene, de manera que no es posible cambiar de propietario mediante cualquier título jurídico originado por la calidad que se le atribuye a dicho bien. Concluyéndose pues, que el Asociado aporta un bien al Asociante de los considerados inalienables deberá estarse en el entendido que no se transmite la propiedad, sin importar que se especifique o no en el Contrato de Asociación en Participación.

Por lo que respecta a la segunda excepción, la L.I.S.R. es muy clara, ya que si en el Contrato de Asociación en Participación no se establece por escrito y en forma clara que el Asociado no transmite la propiedad de la aportación, para efectos de I.S.R. se presumirá como una enajenación. En esta excepción la Ley Tributaria en comento, se diferencia de la L.G.S.M., ya que la última establece que en función de la naturaleza del bien si no se cumple con las formalidades pre-establecidas para transmitirse la propiedad, no se entenderá como tal, mientras que para efectos fiscales tal salvedad no es motivo para no presumir la enajenación. Es decir, la L.I.S.R., va más allá que la L.G.S.M., puesto que siempre presume como enajenación las aportaciones de los Asociados, a menos que se pacte en contrario en el clausulado del Contrato, razón por demás importante para celebrar por escrito el Contrato y en forma clara y precisa.

Este párrafo del artículo octavo, establece que cuando no se considere enajenación por parte de los Asociados éstos últimos podrán deducir el valor del bien (por depreciación), mientras que el Asociante tendrá derecho únicamente a deducir los gastos en que incurra por el mantenimiento y operación del bien, entendiéndose que cuando la L.I.S.R. suponga como enajenación la aportación del Asociado, el Asociante deducirá de sus ingresos la depreciación del bien, además de los gastos que incurra para la conservación y mantenimiento del mismo, y aún más, podrá el fisco presumir que existe por parte de éste último un posible ingreso por adquisición de bienes.

Podemos resumir que en materia fiscal siempre se entenderá enajenación los bienes aportados por el Asociado, a menos que éstos sean inalienables o que se establezca en el contrato que no se transmite la propiedad de los mismos, y en función de lo anterior se determinará quien de las partes es el que deducirá los gastos y la depreciación del bien.

6) PAGOS PROVISIONALES

"Los pagos provisionales se calcularán tomando en cuenta el coeficiente de utilidad que se obtenga considerando los ingresos percibidos y la utilidad obtenida por la Asociación en Participación conforme a los artículos 12 o 111 de esta Ley, según sea el Asociante persona física o moral, respectivamente".

La Ley nos especifica la forma en que se deben efectuar los pagos provisionales derivados del acto mercantil o del negocio mercantil permanente que se lleva a cabo a través de la Asociación en Participación, debiéndose entender que los pagos provisionales son aquellos que se hacen a cuenta de lo que resulte a pagar al final de las operaciones, y es obligación de los contribuyentes cumplir con ellos.

Dicha forma de pago provisional estará supeditada al supuesto en que se ubique el Asociante, ya que si este es persona moral se aplicará lo dispuesto por el artículo 11 de la L.G.S.M., en cuanto al cálculo del pago (fechas de pago, etc.), mientras que si el Asociante es una persona física se deberá estar lo que especifica para tales efectos el artículo 112 del ya mencionado ordenamiento.

Entendemos que para determinar los pagos provisionales que deben realizar tanto el Asociante como el Asociado, deberá primero conocerse si aquel es persona física o moral y en función de eso, ubicarse en el supuesto jurídico fiscal del artículo aplicable para ambas partes contratantes.

Lo explicado en este punto, tiene su fundamento en los principios jurídicos de la Asociación en Participación, debido a que es en nombre del Asociante que se llevan a cabo todos los actos y actividades de la Asociación, y en función de tal cualidad, se deriva la forma de cumplir con los pagos provisionales en materia del I.S.R., es decir, siempre se estará a si el Asociante es persona física o moral para ubicar la forma, tiempo y cálculo de los pagos provisionales que deriven de los ingresos obtenidos por la Asociación en Participación, e incluso a los que esté obligado el Asociado.

Para concluir la idea aquí expuesta, no debemos olvidar lo señalado en el punto 2) de este capítulo en el sentido de que el Asociante debe entregar un comprobante al Asociado una vez que cumpla con la obligación de los pagos provisionales.

7) DECLARACION

"Para tales efectos el Asociante presentará una declaración por sus propias actividades y otra por las de la Asociación en Participación".

Este punto va muy relacionado con el anterior, ya que nos establece la forma en que el Asociante debe de presentar la declaración de los pagos provisionales originados por las actividades que se deriven de la Asociación en Participación.

Es común que el Asociante obtenga ingresos por otras actividades diferentes a las que obtiene por la Asociación en Participación, es decir, que recibe ingresos por dos o más actividades, es previniendo tal supuesto que los legisladores introdujeron la obligación de presentar declaraciones separadas, una por los pagos provisionales derivados de las actividades de la Asociación en Participación, mientras que otra por su propia actividad.

Es pues, obligación del Asociante distinguir los ingresos derivados de la Asociación en Participación de los originados por otra actividad, así como también, que la contabilidad de dichas actividades se lleve por separado.

Con tal disposición se busca cerrar una opción al contribuyente de acumular ingresos o gastos de la Asociación en Participación a los obtenidos por otras actividades y así disminuir la carga tributaria del mismo; sólo permitiendo la Ley que se acumule para fines fiscales hasta la declaración anual de la utilidad fiscal obtenida de la Asociación en participación con los ingresos originados por la explotación personal.

8) ASOCIADOS CON RESIDENCIA EN EL EXTRANJERO

"Cuando uno o varios de los Asociados residan en el extranjero, el Asociante deberá presentar la declaración que les corresponda y pagará el importe respectivo".

La disposición mencionada en este punto, va relacionada con lo que se establece en el párrafo tercero del artículo segundo de la L.I.S.R., así como también con lo dispuesto por el título V de la Ley (de los residentes en el extranjero con ingresos provenientes de fuente de riqueza ubicada en territorio nacional), y en concreto por el artículo ciento sesenta y uno.

Cuando un residente en el extranjero celebre en calidad de Asociado un Contrato de Asociación en Participación, deberá entenderse que tiene establecimiento permanente en México y este será el del Asociante, con lo que se presupone que este último es el que presentará las declaraciones correspondientes y pagará el impuesto a cargo de aquel, no queriendo decir con esto que lo desembolsará de su patrimonio sino de los derivados de los ingresos de la Asociación en Participación.

La justificación de lo anterior es que si un deudor del fisco reside en el exterior, se dificulta exigirle a este último el cumplimiento de sus obligaciones impositivas, transmitiéndosele la carga al Asociante quien sí tiene un domicilio permanente en México.

Lógico es pensar que el legislador busque de una u otra forma asegurar el cumplimiento del pago del impuesto originado por las actividades derivadas de la Asociación en Participación, cuando el Asociado reside en el extranjero, transmitiendo tal carga u obligación al Asociante, que definitivamente se presume que sí tiene

establecimiento permanente en el País, no debiendo dudar si tales personas en calidad de Asociados son sujetos del I.S.R., puesto que la fracción III del artículo primero los contempla.

9) PAGOS PROVISIONALES A CARGO DE LOS ASOCIADOS RESIDENTES EN EL EXTRANJERO

"Si el Asociado residente en el extranjero tiene uno o varios establecimientos permanentes en el País, considerará los pagos efectuados por dichos establecimientos como pagos provisionales a cuanta del impuesto que corresponda al Asociado residente en el exterior".

En este párrafo del artículo octavo se contempla un supuesto diferente al que se establece en el punto anterior, ya que aquí partimos de que el Asociado si tiene un establecimiento permanente en México, aunque sea residente en el extranjero, motivo por el cual se debe de considerar que los pagos efectuados por el Asociante, son a cuenta del definitivo, o sea que son provisionales.

10) ASOCIANTE RESIDENTE EN EL EXTRANJERO

"Cuando el Asociante reside en el extranjero no tenga establecimiento permanente en el País y los ingresos de la Asociación procedan de fuente de riqueza situada fuera del territorio nacional, el Asociado residente en México deberá acumular a sus ingresos en el ejercicio, la parte proporcional que le corresponda, conforme al contrato respectivo, de la utilidad fiscal de la Asociación pudiendo acreditar contra I.S.R. a su cargo, el I.S.R. pagado en el extranjero por tales ingresos en la proporción de acuerdo a lo señalado en el artículo 6 de esta Ley".

Podemos deducir del párrafo aquí expuesto, que siempre y cuando el Asociante sea residente en el extranjero, y que no tenga establecimiento permanente en el País, así como también que la fuente de riqueza sea fuera de México, las siguientes consecuencias para el Asociado que tenga residencia en México:

- La participación en las utilidades o pérdidas derivadas de las actividades de la Asociación en Participación, deberá acumularlas a sus demás ingresos, si es que los tiene.

- El I.S.R. que está obligado a pagar en México por dicha utilidad fiscal, lo podrá acreditar contra el que pago en el extranjero por los ingresos derivados de la Asociación en Participación, debiendo adecuarse a lo que establece el artículo sexto de la L.I.S.R.

El origen de lo anterior, es que se busca evitar que los contribuyentes realicen una doble tributación, ya que es inconcebible el hecho de que una persona pague un mismo impuesto por el mismo ingresos en dos países diferentes para lo que nuestra legislación fiscal da la solución a tal circunstancia en el artículo sexto de la L.I.S.R..

11) RESPONSABILIDAD DEL ASOCIADO

"Los Asociados responden por el cumplimiento de las obligaciones que por su cuenta debe cumplir el Asociado".

A lo largo de este capítulo, hemos venido explicando que el Asociante cumple por sí y por cuenta del Asociado las obligaciones que se derivan de la celebración del Contrato de Asociación en Participación, con lo cual uno puede prematuramente llegar a pensar que el Asociado no se encuentra obligado para con el fisco de manera directa, sino es a través del Asociante. Supuesto que se viene abajo con lo dispuesto por el último párrafo del artículo octavo, ya que este nos menciona que si el Asociante no cumple con las obligaciones que por cuenta del Asociado debe efectuar, entonces también será el Asociado el que responda por tales incumplimientos, no dejando con esto los legisladores ninguna otra alternativa más que el que los Asociados estén pendientes de que el Asociante cumpla con las disposiciones que la autoridad establece.

No puedo dejar de mencionar que esta disposición fiscal rompe con todo lo que hemos venido comentando a lo largo de esta tesis, ya que de acuerdo a lo que establece el artículo doscientos cincuenta y seis de la L.G.S.M. no existe relación jurídica entre las terceras personas y el Asociado, y como sabemos el fisco es una tercera persona. Pero si profundizamos en los principios generales del Derecho Fiscal, encontramos múltiples ocasiones en que las Leyes tributarias contradicen lo establecido por la L.G.S.M., y donde la Ley Fiscal distingue a eso se debe estar.

12) OTRAS OBLIGACIONES

Si bien es cierto que la L.I.S.R. hace mención en específico únicamente en su artículo octavo y segundo a la Asociación en Participación, no podemos quedarnos con la idea de que son los únicos ordenamientos que establecen obligaciones tanto al Asociante como al Asociado, puesto que estaríamos en un error.

Si deseamos obtener una visión más concreta de la situación fiscal en la que se ubica el contribuyente al celebrar un Contrato de Asociación en Participación, no debemos olvidarnos de las demás obligaciones existentes, puesto que para las personas morales se debe cumplir con todo lo señalado en el título II de la L.I.S.R. siempre y cuando no se contraponga con el principio básico establecido en el multicitado artículo octavo; mientras que cuando una de las partes sea persona física deberá llevar a cabo lo dispuesto por el artículo 112 de la L.I.S.R., el cual me permito transcribir:

Los contribuyentes que obtengan ingresos de los señalados en este Capítulo, además de efectuar los pagos de este impuesto, tendrán las siguientes obligaciones:

I. Solicitar su inscripción en el Registro Federal de contribuyentes.

II. Llevar contabilidad de conformidad con el Código Fiscal de la Federación, su Reglamento y el Reglamento de esta Ley.

Los contribuyentes residentes en el país que tengan establecimientos en el extranjero, para los efectos del cumplimiento de las obligaciones a que se refiere esta fracción y la III y VI de este artículo, respecto de dichos establecimientos, podrán hacerlos de acuerdo con lo previsto en el artículo 59 de esta Ley.

III. Expedir comprobantes que acrediten los ingresos por actividades empresariales.

IV. Llevar un registro específico de las inversiones por las que se toma la deducción inmediata en los términos del artículo 51 de esta Ley, conforme a lo dispuesto en la fracción IV del artículo 58 de la citada Ley.

El contribuyente deberá mantener el registro de los bienes por los que se optó por la deducción inmediata a que se refiere esta fracción, durante todo el plazo de tenencia de los mismos.

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

VI. Conservar la contabilidad y los comprobantes de los asientos respectivos y los comprobantes de haber cumplido con las obligaciones fiscales, de conformidad con lo previsto por el Código Fiscal de la Federación.

VII. Formular un estado de posición financiera y levantar inventario de existencias al 31 de diciembre de cada año, de acuerdo con las disposiciones reglamentarias respectivas.

Cuando el contribuyente inicie o deje de realizar actividades empresariales deberá formular estado de posición financiera referido a cada uno de los momentos mencionados.

VIII. En la declaración anual que se presente determinarán la utilidad fiscal y el monto que corresponda a la participación de los trabajadores en las utilidades de la empresa.

Así mismo, en el mes de febrero de cada año deberán presentar en las oficinas autorizadas, declaración en la que proporcionen información de las operaciones efectuadas en el año de calendario anterior con los cincuenta principales clientes y con los cincuenta principales proveedores. Deberán proporcionar, además, en su caso, información de las personas a las que les hubieran efectuado retenciones de impuesto sobre la renta u otorgado donativos en el mismo año de calendario.

Cuando el contribuyente lleve su contabilidad mediante el sistema de registro electrónico, la información a que se refiere el párrafo anterior deberá proporcionarse en dispositivos magnéticos procesados en los términos que señale la Secretaría de Hacienda y Crédito Público mediante las disposiciones de carácter general. Dichos dispositivos serán devueltos al contribuyente por las autoridades fiscales dentro de los seis meses siguientes a su presentación. Tratándose de contribuyentes que lleven su contabilidad mediante sistemas manual o mecanizado o cuando su equipo de computo no pueda procesar los dispositivos en los términos señalados por la mencionada Secretaría, la información deberá proporcionarse en las formas que al efecto apruebe dicha dependencia.

En los casos en que por lo menos 15% de los trabajadores del contribuyente le hayan prestado sus servicios en cada uno de los meses del ejercicio inmediato anterior, la información a que se refiere esta fracción deberá proporcionarse en los dispositivos magnéticos a que se refiere el párrafo anterior.

Tratándose de la declaración a que se refiere el artículo 83, fracción V de esta Ley, la información sobre las retenciones efectuadas y las personas a las cuales las hicieron deberá proporcionarse también en los términos de esta fracción.

IX. Llevar un registro de deudas, créditos y efectivo en moneda extranjera en el que se distinga por moneda de cada país y por tipo de cuenta, considerando tratándose de efectivo y de créditos exigibles a la vista, a los primeros que se enajenan como los últimos que se adquirieron.

X. Recaudar el impuesto que corresponda a los ingresos que obtengan las personas físicas a que se refiere de cada país y por tipo de cuenta, considerando tratándose de efectivo y de crédito exigibles

a la vista, a los primeros que se enajenen como los últimos que se adquirieron.

X. Recaudar el impuesto que corresponda a los ingresos que obtengan las personas físicas a que se refiere este Capítulo, que opten por pagarlo mediante dicho procedimiento. El impuesto deberá entregarse en su caso conjuntamente con las retenciones señaladas en el artículo 8º de esta Ley.

Las personas que efectúen la recaudación del impuesto en los términos de esta fracción deberán presentar declaración ante las oficinas autorizadas en el mes de febrero de cada año, proporcionando la información correspondiente a las personas de las que hubieran recaudado impuesto en el ejercicio inmediato anterior. Dicha declaración deberá proporcionarse en los términos del segundo párrafo de la fracción VIII de este artículo.

Con todo lo expuesto en el presente capítulo podemos concluir que en muchas ocasiones los criterios fiscales aplicables a la Asociación en Participación, difieren de los propios enumerados en materia mercantil, por lo que no podemos estar solamente a lo que disponga la L.G.S.M., sino que es importante contemplar lo tipificado en concreto por la L.I.S.R., y no sólo para tal figura jurídica, sino que debe ubicarse y tomarse en cuenta las diversas disposiciones fiscales que no por el hecho de no hacer mención a la Asociación en Participación no son sujetas de aplicación.

CONCLUSION

En el desarrollo de la presente Tesis, se ha tratado de exponer al lector todas y cada una de las características, elementos y circunstancias que componen el Contrato de Asociación en Participación, así mismo, ha sido el propósito incluir en el presente trabajo datos prácticos que permitan identificar y ubicar la figura jurídica en cuestión dentro del campo de aplicación profesional del Abogado y no sólo de este, sino de cualquier interesado en la materia, razón por la cual me permito concluir el trabajo, aportando las siguientes ideas:

1.- La Asociación en Participación es un contrato que celebran dos partes, el Asociante, que necesariamente debe de ser una sola persona, y por la otra, el Asociado que se integra por una o varias personas, y que mediante las aportaciones de éste, aquel lleva a cabo uno o más actos mercantiles o un negocio mercantil permanente pero siempre en nombre propio, y en su momento oportuno le participa al Asociado de las utilidades o pérdidas correspondientes, y le hace entrega de todo lo que le corresponda.

2.- Estamos plenamente convencidos de que la Asociación en Participación es un Contrato Mercantil y no una Sociedad Mercantil como muchos autores lo afirman, ya que las partes que intervienen en el mismo no buscan ni pretenden crear una persona moral, cosa que ni la misma ley aplicable les permitiría, además, no se crea un fondo común, ni un capital social, sino que pasa a manos del Asociante, y no existiendo personalidad jurídica distinta de las partes, además, esa voluntad de formar una Sociedad Mercantil (*Affectio Societatis*), no existe en ninguna de las partes al momento de celebrar el Contrato de Asociación en Participación.

3.- Puede establecerse que la Asociación en Participación se clasifica como un contrato mercantil, consensual, típico, bilateral, oneroso, aleatorio, momentáneo o de tracto sucesivo, pudiendo ser aunque no necesariamente traslativo de dominio y/o no traslativo de dominio.

Con lo que el lector se da una idea clara y precisa de la ubicación de dicha figura dentro del campo mercantil y fiscal, y en consecuencia entender las repercusiones a las que se esta sujeto al momento de celebrar dicho contrato.

4.- En la Asociación en Participación pueden intervenir tanto las personas físicas como morales, siendo indispensable el hecho de que

exista un consentimiento expreso de las partes firmantes, debiéndose originar un acuerdo de voluntades.

La existencia de un consentimiento expreso debe de ser por escrito, ya que como se explicó en diversos capítulos el hecho de no efectuarlo de tal forma, se presta a que se encuentre afectado de nulidad relativa. Este criterio que no es apoyado por la mayoría de los tratadistas debe de ser uno de los puntos que más cuidados por el lector al momento de sugerir o de celebrar un Contrato de Asociación en Participación para llevar a cabo actos o negocios mercantiles permanentes.

Es en mi opinión, indispensable que se celebre por escrito y no sólo eso, sino que además en el cuerpo del mismo se detalle con claridad bajo que modalidad se aportan los bienes y/o servicios por parte del Asociado, sobre todo si se contempla evitarse problemas de carácter fiscal.

5.- En esencia las personas que intervienen en un Contrato de Asociación en Participación lo que buscan es obtener utilidades y repartírselas de acuerdo a los porcentajes pre-establecidos, pero en la actualidad, la realidad económica que se vive ha hecho que no sólo vean a la Asociación en Participación como un medio para obtener ingresos, sino también para compartir riesgos.

6.- Nunca debe el lector dejar de contemplar el aspecto de que los derechos y las obligaciones que tienen las partes por el simple hecho de celebrar un Contrato de Asociación en Participación son recíprocas, es decir que las obligaciones de uno son los derechos del otro y viceversa.

7.- Otra de las ideas que encontramos en la presente tesis, es el hecho de que no por ser de carácter privado, bilateral y sinalagmático el Contrato de Asociación en Participación, significa que no puedan tener conocimiento de este las terceras personas ajenas al mismo y que si esto sucede pierde la esencia de contrato mercantil para volverse en una sociedad irregular; si no más bien, lo que se debe de cuidar es el hecho de que las partes integrantes del mismo no se ostenten como una sociedad ante las terceras personas ajenas al contrato y sobre todo que es el Asociante el único que actúa en nombre propio y los demás lo hacen en nombre y representación de aquel.

8.- Es consecuencia de la celebración de un Contrato de Asociación en Participación el hecho de que las terceras personas ajenas al mismo única y exclusivamente tengan el derecho de exigir el cumplimiento de las obligaciones al Asociante, con excepción del Fisco quien si puede hacer valer sus derechos tanto al Asociante como al Asociado, pero sólo respecto de las obligaciones de este último.

9.- Tanto el Asociante como el Asociado, por ningún motivo deben olvidarse de dejar contemplado y especificado con claridad los porcentajes en que participarán en las utilidades y/o pérdidas que se originen por el o los actos, o bien, por el negocio mercantil permanente que se lleve a cabo con la celebración del Contrato de Asociación en Participación, puesto que si no se estipula en el cuerpo del mismo se estará a lo que dispone la L.G.S.M., pudiendo no ser dicha forma de distribución de ganancias y pérdidas la que se deseaba al momento de celebrarse el contrato.

10.- La L.G.S.M. deja a la libre voluntad de las partes el establecer en el contrato las formas en que terminará la vida jurídica del mismo pero siempre y cuando se apegue a derecho; es en este aspecto que lo dispuesto para la Sociedades en Nombre Colectivo tienen mayor fuerza de aplicación en el Contrato que se ha estudiado, ya que se aplica en forma supletoria a menos que se disponga lo contrario en el clausulado, y esto conlleva a darnos otra razón de peso para ver la gran importancia que tiene el hecho de celebrar por "escrito" el Contrato de Asociación en Participación.

11.- Es el ámbito fiscal dentro de la Asociación en Participación el que rompe con muchos de los esquemas legales aplicables para dicha figura jurídica, ya que en repetidas ocasiones contradice lo que la naturaleza jurídica del contrato nos determina respecto de la relación que no debe existir entre el Asociado y las terceras personas ajenas al mismo, siendo el artículo 8 de la L.I.S.R. el que establece la facultad de la autoridad fiscal (tercera persona respecto del Contrato de Asociación en Participación) para determinar créditos al Asociado por los posibles incumplimientos del Asociante en relación con las obligaciones de aquel.

Los criterios fiscales aplicables a la Asociación en Participación, no necesariamente van de la mano con los enumerados en materia mercantil, por lo que no se debe de estar solamente a lo que disponga la L.G.S.M., sino que es importante contemplar lo que establece la L.I.S.R. para dicha figura jurídica, y aún mas, debe ubicarse y tomarse en cuenta las diversas disposiciones fiscales que no por el hecho de no hacer mención a la Asociación en Participación no son sujetas de aplicación, es decir, existen disposiciones fiscales de aplicación general para el contribuyente que deben ser consideradas para la planeación fiscal de un Contrato de Asociación en Participación, por el simple hecho de ser sujetos obligados a contribuir a los gastos publicos.

En la actualidad las personas físicas o morales, llámese prestadores de servicios, comerciantes, industriales, agricultores, etc., buscan la especialización y perfeccionamiento en el servicio, producto y actividad que realizan, y aunado a esto la situación económica que se vive en nuestro país, se puede ver que una forma conveniente de adoptar riesgos compartidos es a través de la Asociación en Participación.

Pero no por eso debemos de pensar que la Asociación en Participación es la panacea de la década de los noventas, y que al ubicar los negocios dentro del ámbito jurídico de dicho contrato estamos encontrando la solución al problema de los riesgos que ocasiona aventurarse en una empresa en unión con otras personas, sino más bien lo que debemos pensar, es el hecho de que para cada negocio siempre existe una figura jurídica que se ajusta a las necesidades del mismo.

BIBLIOGRAFIA

- ASCARELLI, Tullio. "Derecho Mercantil", Traducción de Felipe de J. Tena, México, Ed. Porrúa, 1948.
- BARRERA GRAF, Jorge. "Instituciones de Derecho Mercantil", 2da. Edición, México, Ed. Porrúa, 1991.
- BARRERA GRAF, Jorge. "Las sociedades en el Derecho Mexicano", México, U.N.A.M., 1983.
- CAPITANT, Henri. "Vocabulario Jurídico", Traducción de Aquiles Horacio Guaglianone, 8va. Edición, Argentina, Ed. De Palma, 1981.
- CASO, Angel. "Derecho Mercantil", 1ra. Edición, México, Ed. Cultura, 1939.
- DIAZ BRAVO, Arturo. "Contratos Mercantiles", 3ra. Edición, México, Colección de Textos Jurídicos Universitarios, 1989.
- DE PINA VARA, Rafael. "Diccionario de Derecho", México, Editorial Porrúa.
- FACULTAD DE DERECHO, División de Estudios de Postgrado. "Derecho Mercantil", Tomo IV, U.N.A.M..
- GARRIGUES, Joaquín. "Curso de Derecho Mercantil", 6ta. Edición, México, Editorial Porrúa.
- INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS. "Diccionario Jurídico Mexicano", Tomo I-0, 3ra Edición, México, Porrúa, 1989.
- ENCICLOPEDIA UNIVERSAL ILUSTRADA. Tomo 42, Editorial Espasa Calpe, España, 1985.
- LIMON AGUIRRE, Mauricio. "El principio de prioridad del trabajo en las sociedades mercantiles", Tesis Doctoral, España, 1992.
- MALAGARRIGA, Carlos. "Tratado elemental de Derecho Comercial", Tomo I, 3ra. Edición, Argentina, Editorial TEA, 1963.
- MANTILLA MOLINA, Roberto. "Derecho Mercantil", 29va. Edición, México, Editorial Porrúa, 1988.
- REYES MORA, Oswaldo. "Contrato de Asociación en Participación", México, Editorial Pac, 1991.
- RIPERT, George. "Tratado Elemental de Derecho Comercial", Tomo II, Traducido por Felipe del Solá Cañizares, 2da. Edición, Argentina, Editorial TEA, 1954.

- SANCHEZ MEDAL, Ramón. "De los Contratos Civiles", 2da. Edición, México, Editorial Porrúa, 1973.

- SATTA, Salvatore. "Instituciones del Derecho de Quiebra", Traducido por Rodolfo Fontanarrosa, 3ra. Edición, Argentina, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1951.

- TELLES ULLOA, Marco Antonio. "Jurisprudencia Mercantil Mexicana", Tomo I-V, Hermosillo México, Editorial Libros de México, 1983.

- VICENTE Y GELLA, Agustín. "Introducción al Derecho Mercantil Comparado", 2da. Edición, España, Editorial Labor, 1934.

- VIVANTI, Cesar. "Tratado de Derecho Mercantil", Tomo II, Traducido por Ricardo Espejo de Hinojosa, España, Editorial Reus, 1932.

LEYES Y REGLAMENTOS.

- Código Civil para el Distrito Federal, 1991.

- Código de Comercio, 1992.

- Ley General de Sociedades Mercantiles, 1992.

- Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, 1991.

- Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera, 1990.

- Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, 1992.

- Reglamento del Registro Público del Comercio, 1992.

