



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO**

**FACULTAD DE DERECHO**

**LA ASOCIACION EN PARTICIPACION EN  
EL DERECHO MEXICANO**

**T E S I S**

**QUE PARA OBTENER EL TITULO DE  
LICENCIADO EN DERECHO**

**P R E S E N T A :**

**SOYLA H. LEON TOVAR**

**MEXICO, D. F.**

**ENERO DE 1984**



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

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

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

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

# I N D I C E

Pág.

PROLOGO

INTRODUCCION.

CAPITULO I

EVOLUCION HISTORICA DE LA ASOCIACION EN PARTICIPACION.

1. Consideraciones generales	1
2. Antecedentes históricos de la Asociación en Participación.	4
2.1 Pueblos primitivos	5
2.2 Babilonia	6
2.3 Derecho romano	7
2.4 Edad Media	11
3. La <u>commenda</u> mercantil	12
3.1 <u>Commenda</u> italiana	15
3.2 <u>Commenda</u> española	18
3.3 La commenda en el comercio de España con América.	20
4. Ubicación de la Asociación en Participación.	23
5. Antecedentes legales	27
5.1 Derecho francés	27
5.1.1 Ordenanza de <u>Blois</u>	27
5.1.2 Ordenanza de 1673	28
5.1.3 Código de Comercio de 1808	29

5.2	Derecho italiano	30
5.2.1	Código Albertino	30
5.2.2	Código de Comercio de 1882	31
5.2.3	Código Civil de 1942	31
5.3	Derecho español	31
5.3.1	Código de las Costumbres de Tortosa	31
5.3.2	El Libro del Consulado del Mar	32
5.3.3	Código de Comercio de 1829	33
5.4	Derecho mexicano	33
5.4.1	Legislación colonial	33
5.4.2	Código de Comercio de 1854	35
5.4.3	Código de Comercio de 1884	38
5.4.4	Código de Comercio de 1890	39
5.4.5	Ley General de Sociedades Mercantiles.	40
5.4.6	Proyecto de Código de Comer- cio de 1954	40
5.4.7	Proyecto de Código de Comer- cio de 1960	42
5.4.8	Proyecto de Código de Comer- cio de 1981.	43

N O T A S 44

## CAPITULO II

### NATURALEZA JURIDICA DE LA ASOCIACION EN PARTI- CIPACION.

1. Consideraciones preliminares 53

2. Terminología	54
3. Concepto de Asociación en Participación.	55
3.1 Regulación y definición en derecho mexicano	55
3.2 Concepto de Asociación en Participación en otras legislaciones.	56
3.2.1 Francia	57
3.2.2 Italia	58
3.2.3 España	59
3.2.4 Argentina	59
3.2.5 Brasil	60
3.2.6 Chile	61
3.2.7 Colombia	61
3.2.8 Guatemala	62
4. Carácter contractual	62
5. Características	66
5.1 Ausencia de personalidad	66
5.2 Falta de patrimonio propio	75
5.3 Carácter oculto de la Asociación en Participación.	81
5.4 Carácter asociativo	90
5.5 Carácter bilateral	99
6. Estructura del contrato	107
<b>N O T A S</b>	<b>113</b>

## CAPITULO III

### EL CONTRATO DE ASOCIACION EN PARTICIPACION SUS ELEMENTOS Y SUS EFECTOS CON TERCEROS.

1. Elementos del contrato de Asociación en Participación.	125
1.1 Consideraciones generales	125
1.1.1 Distinción entre hecho jurídico, acto jurídico y negocio jurídico.	126
1.2 Elementos del contrato de Asociación en Participación.	129
1.2.1 Consentimiento	130
1.2.2 Objeto de la Asociación en Participación.	132
1.2.3 Fin o causa	134
1.2.4 Forma del contrato	140
1.2.5 La capacidad en el contrato	145
1.2.5.1 La calidad de comerciantes.	150
2. Derechos y obligaciones de las partes	153
2.1 Obligaciones del asociado	153
2.2 Obligaciones del asociante	160
2.3 Derechos del asociado y del asociante.	163
2.3.1 Entrega de la aportación	163
2.3.2 Rendición de cuentas y derecho de control	163
2.3.3 Restitución de los bienes aportados.	167

2.4 Distribución de utilidades y pérdidas.	169
3. Propiedad de los bienes aportados.	172
3.1 Supuestos de transmisión de aportaciones.	179
4. Relaciones con terceros	188
4.1 Principio general	188
4.2 El asociado y los terceros	192
4.2.1 Obligación solidaria del asociado.	194
4.2.2 Obligación directa del asociado.	195
4.2.3 Acción subrogatoria	196
4.2.4 Acción pauliana	199
<b>N O T A S</b>	<b>201</b>

#### CAPITULO IV

##### EXTINCIÓN DE LA ASOCIACIÓN EN PARTICIPACIÓN.

1. Extinción de la Asociación en Participación conforme a la Ley General de Sociedades Mercantiles.	215
1.1 Expiración del término fijado en el contrato.	217
1.2 Imposibilidad de continuar realizando el objeto principal del contrato o consumación del mismo.	218

1.3	Acuerdo de las partes	219
1.4	Supuesto de la fracción IV del artículo 229 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.	220
1.5	Muerte de alguna de las partes.	221
1.6	Exclusión del asociado.	222
1.7	Renuncia o retiro de alguna de las partes.	224
1.8	Otras causas de extinción	225
	1.8.1 Pérdida de la calidad de comerciante y prohibición de comerciar.	225
	1.8.2 Quiebra del asociante.	227
2.	Rescisión de la Asociación en Participación.	229
2.1	Fracción I del artículo 50 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.	230
2.2	Infracción a las cláusulas del contrato.	231
2.3	Infracciones a disposiciones que rigen a la Asociación en Participación.	232
2.4	Comisión de actos fraudulentos o dolo <sup>s</sup> .	234
2.5	Quiebra, interdicción o inhabilitación del asociante.	236



3. Nulidad de la Asociación en Participación.	236
3.1 Nulidad absoluta del contrato.	237
3.2 Nulidad relativa de la Asociación - en Participación.	240
3.2.1 Vicios del consentimiento.	241
3.2.1.1 Error	241
3.2.1.2 Dolo	244
3.2.1.3 Violencia	246
3.2.2 Lesión	247
3.2.3 Falta de forma	250
3.2.4 Incapacidad	252
4. Liquidación de la Asociación en Partici <u>pación</u> .	256
4.1 Consideraciones generales	256
4.2 Rendición de cuentas	261
4.3 Liquidación.	261

N O T A S	264
-----------	-----

## CAPITULO V

### LA ASOCIACION EN PARTICIPACION Y OTROS CONTRA- TOS. SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS.

1. La Asociación en Participación y las <u>so</u> ciedades mercantiles en general.	269
1.1 Consideraciones preliminares	269
1.2 La ausencia de personalidad jurídica	271
1.3 El carácter bilateral	276
1.4 Falta de patrimonio	278

1.5 La forma del contrato	283
1.6 La gestión de las operaciones comerciales.	286
1.7 Funcionamiento, disolución y liquidación del contrato.	290
1.8 Distribución de utilidades y pérdidas.	295
2. La Asociación en Participación, las sociedades irregulares y las sociedades --ocultas.	300
3. La Asociación en Participación y la sociedad en comandita simple.	307
4. La Asociación en Participación y la aparcería.	311
<b>NOTAS</b>	<b>315</b>
<b>CONCLUSIONES</b>	<b>325</b>
<b>BIBLIOGRAFIA.</b>	<b>335</b>

## ABREVIATURAS UTILIZADAS

A. en P.	Asociación en Participación
art., arts.	artículo, artículos
B.O.	Boletín Oficial
C.Civ.	Código Civil
C.Co.	Código de Comercio
Cfr.	Confrontar, cotejar
D.O.	Diario Oficial
Ed.	edición
etc.	etcétera
fr.	fracción
Ibid., Ibídem	en el mismo lugar
<u>infra</u>	abajo
L.G.Q.S.P.	Ley General de Quiebras y Suspensión de Pagos.
L.G.S.	Ley General de Sociedades Comerciales, argentina
L.G.S.C.	Ley General de Sociedades Cooperativas
L.G.S.M.	Ley General de Sociedades Mercantiles
L.G.T.O.C.	Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito
L.I.E.	Ley de Inversiones Extranjeras
L.I.S.R.	Ley del Impuesto Sobre la Renta
No., nos.	número, números
op.cit.	obra citada
p.	página, páginas.



## PROLOGO

Una de las instituciones menos estudiadas en derecho mercantil mexicano, ha sido la Asociación en Participación. El trabajo que aquí se ofrece, pretende expresar panorámicamente el origen y desarrollo de la Asociación en Participación; cuáles son sus características; su estructura y algunos problemas que ella presenta; y de esta manera, contribuir, aunque sea modestamente, en los futuros estudios que de esta materia pretendan realizarse.

Quizá, para muchos, el título de este trabajo resulte nada interesante; lo será para aquellos que consideren a la Asociación en Participación como un contrato obsoleto, o de uso casi olvidado. Para mí, resulta interesante el análisis de esta figura. No se puede dejar de reconocer que, pese a que existen tipos de sociedades para que varias personas obtengan un fin común, continúan realizándose contratos de Asociación en Participación; si no por la fluidez del tráfico comercial, sí por las conveniencias que ofrece; pues procura el concurso de dos o más personas en el que una de ellas aporta capital y la otra, u otras, su trabajo; en donde una de ellas permanece oculta, desconocida por terceros, y ajena a las operaciones mercantiles, obteniendo una participación en las utilidades de éstas, que otra persona explota

a su nombre.

La elección del tema "La Asociación en Participación en el Derecho Mexicano", se debió, fundamentalmente, a cuatro aspectos de esta figura que me preocuparon: la naturaleza jurídica; la propiedad de las aportaciones dadas a la asociación; la distribución de pérdidas cuando el asociante sólo hubiere aportado servicios, y, el carácter oculto.

El primero de ellos, o sea, la naturaleza jurídica de esa figura, fue materia de preocupación porque, no obstante que la Asociación en Participación es un contrato mercantil diverso al de sociedad, se encuentra regulada en la Ley General de Sociedades Mercantiles, y porque el artículo 259 de la misma ley, prescribe, que a falta de estipulaciones especiales, la Asociación en Participación funciona, se disuelve y liquida, conforme a las reglas previstas para la sociedad en nombre colectivo.

En cuanto a la propiedad de las aportaciones, mi inquietud radicó en la aparente duplicidad de la titularidad de la propiedad de esas aportaciones; - la que podría perjudicar a terceros, en virtud de - que la Ley establece que, respecto a terceros, los bienes aportados, pertenecen en propiedad al asociante (art. 257); lo que podría significar que, entre asociante y asociado, cada uno subsistiría pro-

pietario de sus aportaciones.

Consideré importante la forma de distribución de las pérdidas, entre asociante y asociado, cuando no se hubiere pactado en el contrato, y cuando el -- asociante sólo hubiere aportado servicios; supuesto al que estimo, no puede aplicarse el artículo 16, -- fracción III de la Ley General de Sociedades Mercantiles, porque pugna con la naturaleza de la Asocia-- ción en Participación y con el artículo 258 de la -- misma Ley.

Por último, en cuanto al carácter oculto de este negocio; me resultó importante, toda vez que la -- mayoría de la doctrina lo señala como esencial de la figura, de suerte que si se da a conocer, cambia su naturaleza para transformarse en una sociedad, punto de vista que no comparto.

Finalmente, debo manifestar, nuevamente, mi infinito agradecimiento al Maestro Jorge Barrera Graf, por su incansable paciencia para revisar y corregir el presente trabajo, quien, con sus sabios argumen-- tos, me hizo analizar y cambiar mi criterio respecto a la injerencia del asociado en la administración de la negociación de la Asociación en Participación, y en algunos otros puntos del tema.

También, agradezco al Lic. Pedro Alfonso Laba-- riega Villanueva, su inapreciable y permanente apoyo y confianza para la conclusión de este trabajo. Al --

Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M. donde ingresé como Becaria y ahora colaboro como Técnico Académico, en cuyo seno encontré la mayoría del material de este ensayo; a su Director, el Dr. Jorge Carpizo; y a su Secretario Académico, el Lic. Jorge Madrazo, de quienes he recibido siempre su apoyo. Al Jefe de la Sección de Jurisprudencia del propio Instituto, el Lic. Ezequiel Guerrero y a Enrique Guadarrama, su auxiliar, quienes pacientemente me ayudaron en la búsqueda y cotejo de la jurisprudencia aplicable a esa materia.

A mi cuñado, el Lic. Carlos Contreras y a la señorita Diana Montecinos C., quienes amablemente me ayudaron con la mecanografía de las notas de este -- trabajo; y, en general a todas las personas de quienes, de alguna manera, recibí su apoyo.



## INTRODUCCION

La Asociación en Participación (en adelante A. en P.), es un contrato, que por sus propias características, permanece ignorado respecto a terceros, - de ahí que nos resulte, en principio, difícil precisar la cantidad de contratos que de esta naturaleza existen hoy en día, sin embargo, tenemos conocimiento y sabemos que en la práctica se utilizan.

Por ello, hemos considerado necesario realizar el presente trabajo; el que exponemos en cinco capítulos.

En el capítulo I, señalamos cuáles han sido -- los antecedentes de la A. en P. Encontramos a la -- commenda como precursora de nuestra figura, y su desarrollo aparece, principalmente, en la Edad Media y básicamente en las ciudades del Norte de Italia, -- debido a su situación geográfica. Posteriormente -- apuntamos los antecedentes legislativos de la A. en P., tanto en Francia, Italia y España como en nuestro país, y, finalmente exponemos algunas consideraciones sobre la L.G.S.M. y los proyectos de Código de Comercio que se presentaron después de ésta.

En el capítulo II, analizamos la naturaleza jurídica de la A. en P., la terminología y concepto -- de ella en el derecho extranjero y mexicano. Considera

ramos que se trata de un contrato mercantil asociativo diverso al de sociedad; para sostener nuestro punto de vista, hacemos hincapié en la ausencia de personalidad, de patrimonio, de razón o denominación social; analizamos el carácter oculto, que para nosotros no es esencial de la figura; y destacamos el carácter bilateral del contrato.

En el capítulo III, analizamos los elementos -- del contrato de A. en P., partimos de la teoría general del contrato. Exponemos algunas consideraciones sobre los derechos y obligaciones del asociado y del asociante. Consideramos el derecho del asociado respecto al control de la negociación, a la rendición -- de cuentas y a la restitución de los bienes aporta-- dos de los cuales no transmitió la propiedad; dere-- chos que, si bien, no están consignados expresamente en la L.G.S.M., se desprenden de las normas previs-- tas para las sociedades en nombre colectivo, de eje-- cutorias de la Suprema Corte de Justicia, o del derecho común.

En este mismo capítulo, estudiamos la propiedad de los bienes aportados al asociante y llegamos a la consideración de que el asociado, aun respecto a terceros, es propietario de aquellos bienes que aportó a la A. en P. y de los cuales no transmitió la propiedad con las formalidades legales debidas. Por ello, también consideramos, que los terceros tienen el de-

recho y la obligación de cerciorarse en los registros públicos quién aparece como propietario de esos bienes.

Finalmente, exponemos excepciones al principio de que el contrato de A. en P. sólo liga a las partes que lo celebran y que no hay relación jurídica entre los terceros y el asociado; en tal sentido hablamos de la obligación directa del asociado, y de las acciones subrogatoria u oblicua y de la pauliana, que pueden invocar tanto los terceros como el asociado.

En el capítulo IV, analizamos las causas de extinción de la A. en P., conforme a la L.G.S.M., arts. 50, 229 y 230; exponemos las causas de rescisión del contrato; las de nulidad y, como consecuencia obligada, la liquidación de la A. en P. En este apartado, advertimos que, si bien, le son aplicables las reglas previstas para la sociedad en nombre colectivo, estas normas operan mutatis mutandis en la A. en P., porque ésta no es una sociedad, ni una persona jurídica, y la aplicación de dichas normas sólo debe entenderse respecto a los contratantes, pero nunca respecto a terceros.

Finalmente, en el capítulo V, hacemos un estudio comparativo entre la A. en P. y algunos otros contratos, con los que guarda cierta analogía, como: las sociedades mercantiles en general, la sociedad -

en nombre colectivo, la sociedad en comandita simple, las sociedades irregulares y el contrato de aparcería; para destacar las semejanzas que existen entre estos y la A. en P., y después resaltar sus diferencias específicas.

Convencidos de que no hemos agotado el tema, y que solo exponemos algunas consideraciones respecto a la A. en P., esperamos que este trabajo sea la pauta para otros posteriores.

**Enero de 1984.**

## 1. CONSIDERACIONES GENERALES

Desde que el hombre existe surge la necesidad de asociarse para hacer frente a los obstáculos que la naturaleza opone a la satisfacción de sus necesidades, y en el transcurso del desarrollo económico encontramos a la Asociación en Participación, (en adelante A. en P.) cuyos antecedentes se manifiestan como una respuesta a la necesidad del tráfico comercial, a la necesidad de transportar e intercambiar productos con los pueblos lejanos; así como a la de compartir los riesgos del viaje, que eran frecuentes a consecuencia de la piratería y de los riesgos de mar (echazón y naufragio).

En la Edad Media encontramos los antecedentes más claros de la A. en P. a través de instituciones, como la commenda, que permitieron la ocupación de capitales ociosos con fines lucrativos, en virtud de que el clero, la milicia y la magistratura no podían mezclarse directamente en las operaciones de comercio, sino únicamente aportando su capital a un comerciante, participando en los beneficios que éste obtuviera y mostrándose ajenos al mismo en sus relaciones con terceros, por ello, si bien las relaciones económicas y las necesidades del tráfico mercantil, constituyen el fundamento de nuestra figura, también

favorecieron su desarrollo las leyes canónicas contra la usura y el hecho que la nobleza no podía dedicarse al trabajo ni al comercio, ya que de conformidad con los convencionalismos sociales, estas actividades eran consideradas indignas para ella, razones por las que encuentran un medio idóneo para hacer -- producir sus capitales permaneciendo ocultos y sin -- exponerse a las penas de las leyes ni violar las cos tumbres (1).

La falta de capital suficiente para emprender -- una negociación por parte de un sujeto, las ventajas de permanecer oculto en las operaciones comerciales y la carencia de una institución ad-hoc para llevarlas a cabo, constituyen factores importantes para el desarrollo de la A. en P. (2)

Hoy en día dadas las finalidades a que puede -- prestarse nuestra figura, la A. en P. adquiere gran importancia en el medio económico; y ha sido precisa mente en el seno de las altas combinaciones financie ras e industriales en donde ha alcanzado mayor auge y desarrollo (3), el deseo de eliminar la competen -- cia, la posibilidad de obtener financiamiento sin ne cesidad de emitir bonos u obligaciones, el evitar -- préstamos con garantías gravosas, han traído como -- consecuencia no sólo que la persona física, sino tam bién la moral recurran a la A. en P.

**C A P I T U L O    I**

**EVOLUCION HISTORICA DE LA ASOCIACION  
EN PARTICIPACION.**

Otros factores determinantes para la constitución de esta figura los constituyen la tendencia a la alianza económica que se manifiesta en nuestro medio agrícola con la asociación de campesinos y capitalistas en Sinaloa, en donde la ausencia de apoyo institucional en la promoción del ejido como unidad económica y social, ha traído como consecuencia la formación de múltiples contratos de A. en P. como única opción para cultivar y hacer producir la tierra; situación que sin embargo ha permitido el gran propietario agrícola tener la posesión efectiva de grandes superficies de tierra sin violar la ley y garantizándole la inafectabilidad de las mismas, (4) pero que al mismo tiempo ha desvirtuado el concepto y funcionamiento de nuestra figura, porque lejos de ser una verdadera A. en P., es un contrato parciario por virtud del cual el ejidatario aporta su tierra virgen o preparada y su trabajo, y el capitalista, frecuentemente terraniente, aporta los instrumentos necesarios para el cultivo y participa ha dicho ejidatario de los productos en una cantidad pactada, (5) relación jurídica entre las partes que, no obstante denominarse contrato de A. en P., carece de propósito especulativo, cuando menos para el ejidatario, y no permanece oculta como sí acontece en la A. en P.



Constituyen, en fin, claras manifestaciones de que la A. en P. continúa como instrumento en el tráfico comercial porque no solo omite actos jurídicos para realizar operaciones comerciales, como los previstos para la constitución de sociedades, sino que mantiene oculta la relación jurídica existente por el contrato, cuya utilización probablemente se vea favorecida por el Decreto de 30 de diciembre de 1982, (6) que desaparece el anonimato de las acciones al portador en virtud de que les niega efectos jurídicos, por lo que quienes pretendieran mantener desconocida su participación en operaciones mercantiles, podrían hacerlo a través de nuestra figura.

Por todo lo anterior, y por la regulación imprecisa e incipiente que existe en nuestra materia, consideramos importante el estudio que a continuación realizamos de la A. en P., que por modesto que resulte, esperamos contribuya para que los estudiosos del Derecho y en especial del Derecho Mercantil, ocupen más atención a esta figura y posteriormente se logre una mejor regulación.

## 2. ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA A. EN P.

El estudio del origen de la A. en P., nos conduce en gran medida al origen mismo del Derecho Mercantil cuya formación histórica nos muestra la apari---

ción de múltiples instituciones que posteriormente - han de considerarse mercantiles, tal es el caso de - la commenda que como analizaremos posteriormente la mayoría de los tratadistas coincide en considerarla el origen y antecedente de nuestra institución.

Tarea primordial en estas líneas es indagar el origen de la A. en P., que a pesar de considerar los estudios de los tratadistas en la materia han realizado creemos aventurado, en principio, poder afirmar cual ha sido realmente su origen, por lo que queremos dejar constancia de los más precisos antecedentes de esta figura, de clara base económica a la que recurren quienes no desean figurar al exterior.

### 2.1. Pueblos Primitivos

Las primeras manifestaciones de nuestra institución las encontramos en la commenda, la cual entre - los pueblos de Tschuktchos del Norte de Asia y los - bereberes del Africa Septentrional ya se practicaba en los viajes y expediciones mercantiles para el tráfico de pieles de reno, en donde una de las partes - participaba aportando capital generalmente pieles, y la otra su trabajo, consistiendo en el viaje y participando ambos en los beneficios obtenidos por el trueque efectuado. (7)

## 2.2 Babilonia

También en el pueblo babilónico encontramos -- una figura semejante, antecedente de la A. en P. Nos remontamos a 2000 años A.C., al parecer en los preceptos del Código de Hammurabi aparece una sociedad semejante a la comandita simple; se trataba de un suministro de fondos a uno o varios comerciantes, quienes se comprometían a devolverlos pagando un interés y, además, una participación en los beneficios. Un solo socio se conocía en las relaciones externas. (8).

Aunque al parecer, dicho Código, en sus artículos 101 a 107 establecía una relación jurídica entre dos personas, en la que una de ellas entregaba a otra dinero o géneros para obtener un beneficio. Se ha considerado que la naturaleza de dicha relación corresponde a una sociedad, a una comandita e incluso a una commenda, y al parecer su naturaleza efectivamente respondía a la figura de la commenda, interpretación que no contraría los preceptos citados, (9) y que, en cambio, -- considerarla sociedad comanditaria únicamente podría ser válido si tuviese lugar un reparto de beneficios -- entre las partes, lo cual no se indica expresamente -- en el texto citado, aun cuando algunos artículos parecerían indicarlo. (10).

Lo cierto es que, aunque de manera incipiente, ya se practicó

ba la commenda, antecedente de nuestra figura.

### 2.3. Derecho romano

Por lo que atañe a este derecho se ha sostenido que la A. en P., tiene su origen en él, reconocido - en la admissio o asumptio, <sup>(11)</sup> que consistía en la admisión de un tercero a la sociedad, con desconocimiento de los otros socios y que quedaba a los resultados relativos a su aportación, sin convertirse por ello en socio de la misma.

También se consideraron a las sociedades vectigales como antecedentes de nuestra figura. En las sociedades vectigales, la asociación tenía en Roma forma más administrativa que jurídica <sup>(12)</sup> se destinaban a la percepción de impuestos (vectigal), a los derechos de puerto y a la explotación de bienes públicos, estaban administradas por directores, se formaban bajo el patronato de ricos comerciantes con la adhesión de partícipes y frecuentemente se transformaban en corporaciones civiles reconocidas por el Estado.

Sin embargo, estas sociedades, societates vectigalium o publicanorum, constituyen un antecedente de las sociedades mercantiles, pero no de la A. en P., a pesar de carecer de personalidad jurídica, ser efi-

caces únicamente de manera interna y aunque los terceros sólo tenían derechos y obligaciones con quien contrataban. (13)

No obstante lo anterior, y habida cuenta de -- que las instituciones jurídicas no son producto de generación espontánea, sino, por el contrario, de -- las necesidades imperantes de una sociedad determinada, consideramos pertinente tomar en considera--- ción dichas sociedades, ya que surgen como una forma de contratar conjuntamente, por la necesidad de -- invertir cantidades considerables, la distribución de riesgos de estas inversiones y la voluntad de muchos de permanecer en el anonimato. La Lex Claudia de Nave Senatorium del año 64 A.C., estableció que los senadores no podían poseer naves marítimas de -- mayor capacidad de 300 ánforas, lo que implicaba para los senadores una prohibición de comerciar; por esta razón, ellos trataron de ocultar su participación en tales negocios; como se manifiesta en las -- acusaciones lanzadas por Cicerón contra Verres, pretor de Sicilia, quien tenía participación con los -- publicanus. (14)

"Crimen grave et vehemens ut post hominem memoriam indicia qui de pecuniis ire petundus constituta gravissimum praetorem populi romani socias nabuisse decamanus"

Así las cosas, los romanos idearon la práctica de emitir participaciones, pars, mediante las cuales se podía intervenir en el negocio, con aportaciones de capital y los socios limitaban su responsabilidad al monto de aquellas y permanecían ocultos, figurando como responsable el manceps, quien era el concesionario del arrendamiento de los impuestos.

Las societates vectigalium o publicanorum, encontraron su desarrollo merced a la vectigalia, que era, en su sentido más primitivo, la renta pagada al Estado por la ocupación o utilización de sus propiedades, constituídas, en este sentido, por la parte del ager publicus (15)

Manceps o publicanus, era quien tomaba en arriendo el cobro de los impuestos, comprometiéndose a pagar a las arcas públicas una cantidad determinada como producto del impuesto, de cuya percepción había obtenido la concesión en pública subasta. (16)

Dentro de los elementos personales de las societates vectigalium o publicanorum encontramos a los manceps, los socios, y los adfinis, éstos últimos --

eran los partícipes, quienes se limitaban a aportar, sin tener relación con los terceros, obtenían beneficios de dichas sociedades a través de participaciones que algún socio (socius) les había dado, y cuya aportación no estaba sujeta a riesgos de las actividades sociales. (17) De alguna manera se manifiesta que, esta sociedad trató de responder a aquella tendencia de eludir prohibiciones e incapacidades para realizar operaciones de comercio.

En la época clásica estas sociedades no tuvieron la importancia que tenían a fines de la República, debido a que los grandes arrendamientos de los tributos directamente a los funcionarios fiscales; sin embargo, aún en la época de Justiniano aparecen estas sociedades, pero ya con cierta autonomía respecto de sus socios, en donde las obligaciones contraídas por la sociedad obligaban solidariamente a todos ellos. (18)

Se ha considerado que la A. en P. fue practicada en Roma, pero que no se codificó, en virtud de que quienes la practicaban eran los peregrinos y extranjeros, por lo que no se consideró digna de entrar en la fórmula del Derecho Civil. (19)

No obstante lo anterior, consideramos con Solá Cañizares, que no se puede afirmar categóricamente que los romanos efectivamente practicaran la A. en -

P., aunque la societates vectigalium pueda presentar alguna utilidad, pues en todo caso "las fórmulas romanas no son el origen de la participación moderna" (20)

#### 2.4. Edad Media

En la Edad Media florece el comercio y si los fenicios y los cartagineses fueron los inspiradores de las instituciones asociativas, que más tarde se instaurarán en Grecia y Roma tomando el carácter de comerciales, dedicadas especialmente al transporte marítimo y al cambio <sup>(21)</sup>, fueron las ciudades situadas en las rutas marítimas las que adquirieron auge debido a su situación geográfica, favoreciendo el tránsito y transporte y con ello el desarrollo de las actividades mercantiles, principalmente en las repúblicas del Norte de Italia <sup>(22)</sup> y en consecuencia el desenvolvimiento de instituciones asociativas.

En efecto, el desarrollo del comercio trajo aparejada la necesidad de asociarse, pero ¿De qué naturaleza eran las relaciones comerciales practicadas con ocasión del tráfico mercantil? ¿Se trataba a caso de una sociedad o de una A. en P.?

Tomando en consideración que ya desde tiempos remotos se practicaba la commenda, estimamos que es precisamente esta figura la que respondía a las nece



sidades de las prácticas comerciales del medioevo y que, en efecto, fue en esta época en donde alcanzó su esplendor, al extremo de considerarse que ninguna de las instituciones que floreció en la Edad Media pudo competir con ella, por la generalidad de difusión y amplitud de desarrollo económico y jurídico, asumiendo una posición dominante al contribuir al desarrollo del comercio marítimo del Mediterráneo. (23)

Por estas razones, y porque la mayoría de la doctrina conviene en considerar a la commenda como el origen y antecedente de nuestra institución, (24) consideramos pertinente analizar dicha figura.

### 3. La commenda mercantil

Además de los antecedentes ya citados de esta figura, se ha sostenido que ella existió en el derecho romano, en el posterior derecho bizantino y también en el derecho islámico, y aunque hubiera sido desconocida por Roma, algunos pactos que se citan, como el que menciona Ulpiano con un esclavo a quien encarga de una venta cediendo un sobreprecio, pueden tener semejanza con una commenda, e inclusive con una A. en P. (25)

Sin embargo, parece más acertado considerar el auge y desarrollo de la commenda en la Edad Media, como instrumento para eludir las prohibiciones canónicas del préstamo a interés, para compartir los ---

riesgos de las operaciones y como medio necesario para llevar a cabo la venta de mercancías.

En efecto, al desarrollarse el derecho romano, que en verdad contempló formas comerciales muy primitivas, paralelamente, el derecho canónico, no obstante obstaculizar el desarrollo del tráfico mercantil mediante la lucha contra la usura, originó la creación de relaciones comerciales que permitieron traficar en las ciudades, y principalmente contratos asociativos mediante los que se favoreció el comercio, porque no obstante las prohibiciones aludidas, el hombre en busca de su libertad económica creó instituciones que le permitieron ejercer el comercio, como la commenda que se utilizó como el instrumento adecuado para tales fines. (26)

El origen de la commenda misma probablemente pueda remontarse al período helénico, (27) pero lo que parece más cierto es que esta figura fue una institución jurídica universal, explicable por la simplicidad de su funcionamiento económico. (28)

La commenda gozó de gran importancia en la vida económica mercantil, tanto en las ciudades italianas como en la península ibérica. En la época medieval se utilizó tanto en relaciones públicas como privadas y se manifestó bajo diversas formas debido a sus variadas acepciones: como relación jurídica coinci-

dente con el depósito y el comodato; como guarda o tutela de menores, mujeres o personas que carecían de capacidad jurídica plena o que necesitaban de una especial protección; como medio para llevar a cabo la voluntad del testador o para administrar justicia y como contrato mercantil. (29)

En tanto negocio de confianza, la commenda se utilizaba en el tráfico comercial con una finalidad netamente lucrativa: una persona confiaba a otra un capital, que consistía en dinero o mercancías, para que comerciara con ellas. Esto constituye el propósito lucrativo de la institución, en la cual la gestión de la operación es la característica esencial, y es precisamente en tanto negocio de confianza que analizaremos a esta figura.

Podemos definir a la commenda como el contrato por virtud del cual una persona llamada commendatore, commendans, accommodans o socius stans, confiaba a otra llamada tractator, commendatario, portator o accommodatarius mercancías o dinero para que las comerciara en un viaje, que normalmente era marítimo, en el interés común, participando ambos de pérdidas y ganancias en la proporción establecida. (30)

También llamada paccotiglia, la commenda presenta dos formas denominadas: accommoda o societas maris, en la cual el capital para traficar era también

del tractator, siendo entonces bilateral o llamada collegantia, representativa del contrato en el que había aportaciones de ambas partes; <sup>(31)</sup> y la otra denominada implicita o unilateral en la que el capital era aportado únicamente por el commendatore.

Bajo este orden de ideas, podemos decir que desde el punto de vista de la portación económica, la commenda podía ser unilateral o bilateral; la primera era aquella en la cual el commendatario no aportaba dinero ni efectos, sino únicamente su industria, que consistía en la realización del viaje marítimo o terrestre; y la segunda, como señalamos anteriormente, era aquella en la que aportaban capital tanto el commendatario como el tractator.

### 3.1 Commenda italiana

Los documentos más antiguos relativos a esta figura se localizan en las fuentes venecianas del 25 de octubre de 976 (32), en el Archivo Notarial de Venecia de los años 1000 a 1100 y en los Estatutos Civiles de Tiepolo de 1242. <sup>(33)</sup>

En Italia, los negocios y las necesidades del tráfico comercial hicieron posible la práctica de -- instituciones que los facilitaron. La utilización de la commenda se manifestó, no sólo de manera interna, sino también externamente, a través de compañías de

exportación que se practicaron en Venecia, las cuales podían cargar flotas para el Mar Negro, Constantinopla y Costas de Siria, en las que familias patricias participaban con sus capitales, los marineros y navegantes con sus servicios, los industriales con productos y los comerciantes de ultramar con sus relaciones en Oriente. (34)

Es decir, la commenda fue empleada como forma de participación en una empresa, en la que la distribución de utilidades y riesgos operaba de la siguiente manera: en la commenda unilateral, el tractator recibía una cuarta parte como participación en las ganancias, y los riesgos los sufría el commendatore; y en la commenda bilateral, cada una de las partes recibía la mitad de las utilidades, y en cuanto a los riesgos, estos eran sufridos por ambos, si bien el tractator respondía, además, por la culpa en las operaciones. En la commenda unilateral, el capital aportado por el tractator pasaba a su propiedad exclusiva (de la manera que en principio, ocurre en la A. en P.), en tanto que en la bilateral existía copropiedad (como puede acontecer ahora en la A. en P. francesa, Cfr. art. 1871 C.Civ.) (35)

En Venecia, principalmente se practicó la commenda con el nombre de collegantia (36); se trataba siempre de un contrato celebrado entre dos personas:

aquella que confiaba las mercancías o dinero y aquella que los recibía para traficarlos. (37) el itinerario y la duración del viaje podían o no ser determinados, pero al regreso del mismo, el tractator debía rendir cuentas de la gestión y confirmarla bajo juramento, frente a terceros las cosas suministradas al tractator le pertenecían en propiedad, como sucede ahora en la A. en P. respecto al asociante. (38)

Pero, si bien, en principio, sólo se celebraba un contrato de esta naturaleza, posteriormente las partes del contrato de commenda podían celebrar diversos de la misma naturaleza, contemporáneamente o uno después de otro, manteniendo con distintos capitalistas o comerciantes, según el caso, relaciones jurídicas diversas y separadas. (39)

Sin embargo, a pesar de esta evolución de la commenda, perduraba aquella antigua especie (sin la celebración de otras concomitantes) bajo el nombre de participatio y la llamada colonna, que se desarrolló principalmente en Amalfi en el marco de su derecho marítimo, al igual que en Génova, y que, a decir de Goldschmidt subsiste "...Hasta nuestros días una asociación jurídica por todos los interesados en un viaje de mar para dividirse la utilidad y la pérdida según determinadas cuotas y bajo la dirección única del capitán". (40)

Todas estas instituciones se desarrollaron en la Edad Media y se vieron favorecidas por la situación y necesidades de las ciudades italianas principalmente, como hemos apuntado en otra parte.

### 3.2 Commenda española

Como señalamos anteriormente, en la península ibérica también fue practicada la commenda, bajo el nombre de comanda, y se utilizó en sus dos formas, tanto la unilateral como la bilateral: "los comandarios han de comerciar permere et per terram". (41)

En la comanda unilateral, el comandante cumplía su obligación con la entrega del capital convenido, que podía consistir en dinero o mercancías, que se especificaban en la celebración del contrato: "...Por ello en el documento de 1299 se indica que el comandante aportó cien sueldos, implicatus simulcum meis mercibus sive rebus". (42)

Tratándose de la comanda bilateral, la obligación del tractator consistía en entregar dinero o mercancías, pero su obligación principal era la realización de la operación mercantil que se le confiaba, la que generalmente se concretaba en viajar con dichas mercancías, venderlas y emplear nuevamente el dinero en la adquisición de otras diferentes. En algunas ocasiones se indicaba la nave en la que ha---

brían de viajar las mercancías y el lugar donde debía venderlas, así como las que habría de adquirir: sin embargo, era frecuente que el tractator fuera -- quien los escogiera (43)

En la comanda unilateral, marítima, los riesgos de las operaciones los sufría el capitalista, mientras que quien aportaba únicamente su industria, no sufría, en principio, riesgo alguno (44), pero se requería que éste (tractator) cumpliera las condiciones establecidas en el contrato, pues su incumplimiento liberaría al comandante y los riesgos recaerían sobre él, sin perjuicio de la obligación que tuviera de rendir cuentas de los resultados de la gestión comercial. En la comanda bilateral, marítima y terrestre, las pérdidas, se dividían en la misma proporción que las ganancias.

La liquidación de la comanda procedía según las características de cada uno de los contratos; la comanda marítima con un viaje concreto, se liquidaba al término del mismo; cuando se trataba de un viaje terrestre, o no se determinaban los viajes marítimos, la liquidación tenía lugar en el término previsto en el contrato (45).



### 3.3 La commenda en el comercio de España con América.

El desarrollo del tráfico comercial de España con América, propició también la utilización de la commenda, ya que si en principio se utilizaron algunos mecanismos crediticios como el préstamo, para solucionar el problema de la falta de circulante, dichos mecanismos trajeron como consecuencia que los mercaderes hicieran mayores desembolsos y determinaron que los dueños de grandes capitales se impusieran de alguna manera en el comercio, por lo que el empleo de la commenda, para evitar el pago de intereses por la utilización de capitales prestados resultó ser un medio adecuado, logrando que un comerciante diera su capital y otro su industria o trabajo, participando en pérdidas y ganancias, y consiguiendo de esta manera, el mercader sin fondos, créditos de una forma lícita y sin pagar intereses, porque ambos participaban en las ganancias, si el viaje tenía éxito, o en las pérdidas, si ocurría lo contrario<sup>(46)</sup>.

La commenda adquirió, de esta manera, gran importancia; "basta un somero conocimiento del Archivo de Protocolos de Sevilla para comprobar que a principios del siglo XVI en los negocios mercantiles de Indias se practica casi exclusivamente la comenda o societas medieval..."<sup>(47)</sup> y se hace consistir en que

uno o varios mercaderes arbitraban fondos para adquirir un cargamento, mercancías que confiaban a otro - u otros, propietarios de un buque, quienes se comprometían a embarcarlos para América y realizar la operación mercantil estipulada, pactando una distribución de las ganancias y pérdidas.

Después de revisar algunos de los documentos -- inéditos del citado Archivo de Protocolos de Sevilla, que Martínez Gijón nos anexa en su obra (48), y dadas las características que ellos presentan, podemos considerar acertado, apoyados incluso en afirmación de Rehme (49), que en el México colonial ya se conocía esta figura, que se manifestaba en el hecho de que los comerciantes, (los ancianos y las mujeres), probablemente por su imposibilidad de viajar, entregaban mercancías a los mercaderes viajeros, para su venta, haciéndolos partícipes de sus resultados.

La relación jurídica existente en algunos de -- aquellos documentos, se puede puntualizar de la siguiente manera: el tractator debía emprender el viaje para América con las mercancías: "me obligo a vender los dichos cueros a los mejores precios...", y debían participar en las utilidades, "las dos terceras partes para vos el dicho García de Sevilla y la otra tercera para mí el dicho Constantin Griego" (50)

Generalmente, quien entregaba las mercancías -- era el comandatore, y el mercader, tractator, participaba emprendiendo el viaje y realizando las operaciones comerciales pactadas, los beneficios se distribuían según lo hubieren acordado; los riesgos los soportaba el primero, salvo casos imputables al segundo, quien una vez vendidas las mercancías y efectuado el regreso, debía rendir cuentas a aquél y proceder a la liquidación, la que tenía lugar en Sevilla (51).

Debemos hacer hincapié, que a pesar de las ventajas que trajo la práctica de esta institución, las enormes ganancias que el comercio indiano proporcionó, así como las circunstancias de que las labores -- de armador, transportista, maestro, etc., se disociaran de las de mercader propiamente dichas, y éstos -- (mercaderes) comenzaran a limitarse al negocio de -- compras y ventas sin hacer por su cuenta el transporte de las mercancías; ocasionaron que la commenda de jara de existir en forma generalizada (52), y que, -- por otra parte, el armador, entre otros, necesitara de fuertes préstamos, dando ello origen a los seguros marítimos y al préstamo a la gruesa (53). Sin embargo, queda constancia que en el comercio de España con América, también se utilizó a la commenda.

#### 4. Ubicación de la Asociación en Participación.

Cuestión ahora por resolver es la relativa a la ubicación de la figura materia de esta tesis, es decir, ¿A partir de que momento se puede afirmar que se origina la A. en P.? y ¿Cuál es su antecedente?.

Para responder a estas interrogantes, debemos de considerar que, después de haber expuesto someramente el desarrollo de algunas instituciones que operaron antes de la A. en P., y particularmente la commenda mercantil, advertimos que ésta evoluciona a virtud de un encargo de venta de mercancías o adquisición de otras, en la que el tractator actuaba a nombre propio y la responsabilidad se limitaba al capital por él aportado; y que a la par de esta evolución desaparece la commenda propiamente dicha para dar a otras instituciones que de ella derivaron, asumiendo en su desarrollo una configuración diversa, como la sociedad en comandita, el seguro de riesgos y la propia A. en P. (54).

En efecto, no es aventurado afirmar que su antecedente se encuentra en la commenda; para algunos tratadistas ésta dió origen a la sociedad en comandita (55), pero lo que parece fuera de duda es que aquélla sea la génesis de la A. en P.; sobre todo cuando el que realizaba las operaciones actuaba a nom

bre propio, sin que se diese a conocer el participante. (56)

Como antecedentes inmediatos de la A. en P. citamos a la colonna, contrato medieval que se desarrolló fundamentalmente en los negocios de transporte marítimo y registrado en la Tabla Amalfitana, a través del cual la tripulación de un barco entraba en asociación de las ganancias, dependiendo de los negocios de su principal, el que se desarrolló hasta llegar a las aportaciones de bienes y servicios por el asociado (57).

Los precedentes inmediatos de nuestra institución derivan principalmente de la commenda unilateral a través de la participatio o compagna secreta (58), que respondía al estímulo de obtener un aumento patrimonial sin los inconvenientes que presentaba el préstamo, siendo paralelo con el deseo de otro contratante y participando en las ganancias sin intervenir en la gestión ni arriesgar más de lo aportado. Relaciones económicas cuyo espíritu prevalece hoy en día en la A. en P., en la que una persona comparte los riesgos y las utilidades de un negocio comercial, realizado en su nombre personal, y la otra, permanece oculta en las relaciones mercantiles que de él deriven y cuya responsabilidad se limita hasta el monto de su aportación. (Cfr. art. 252 de la --

L.G.S.M.).

En este discernimiento, Garrigues (59) expresa que la commenda presenta dos derivaciones, una en la que el capitalista se manifiesta al exterior como --partícipe del negocio, dando origen a la sociedad en comandita, y otra en la que aquél permanece oculto -- para los terceros, sin responsabilidad, en la cual -- el negocio se manifiesta al exterior como propiedad individual del comerciante, compañía secreta, antecedente directo de la A. en P.; añade el autor, que ésta conserva la esencia de la antigua commenda, mientras que aquélla, sociedad en comandita, sólo su nombre.

En el mismo sentido se pronuncia Broseta Pont -- (60), al considerar a la commenda como el origen de la figura que estudiamos, e indicar que aquella presupone la suma de aportaciones y beneficios para participar en los beneficios que se obtuvieran de una actividad o empresa, limitando el riesgo de pérdidas de cada miembro a su aportación; precisa el tratadista que la relación que engendraba la commenda se mantenía oculta de la misma manera que el contrato, de ahí que se llamase compagnia secreta, siendo ésta -- precursora de la A. en P.

De conformidad con lo anterior, la commenda, -- institución de utilización universal, e inexcusable-

mente la italiana debido al auge y desarrollo que lo gró, sin que diese lugar al nacimiento de una persona jurídica distinta del comerciante y del asociado, y sin un fondo común, constituye el principio y antecedente inmediato de la A. en P.; en virtud, de que, efectivamente, en aquélla, principalmente en la participatio, intervenían personas ajenas al comercio, especialmente quienes no deseaban aparecer públicamente en las operaciones comerciales, reflejando de esta manera un contrato que permanecía ignorado por terceros <sup>(61)</sup>, y que respondía al estímulo asociativo de obtener un aumento patrimonial sin los inconvenientes antedichos.

Bajo este orden de cosas permítame considerar - que, en efecto, la institución que estudiamos tiene como fuente y como precursora a la commenda, figura que se desarrolló y transformó en el devenir histórico comercial, que respondía y se adaptaba a las necesidades imperantes del tráfico comercial y a los intereses de los comerciantes, quienes en el transcurso del tiempo le otorgaron modalidades, para satisfacer las penurias del desarrollo mercantil, hasta encontrar, en la práctica, una institución idónea, la A. en P., que posteriormente el derecho acogió para regular las relaciones que de ella podrían derivar, - porque si bien las normas jurídicas no se transforman contemporáneamente con las relaciones económicas

y sociales, tampoco pueden, permanecer al margen de las mismas.

## 5. Antecedentes legales

Después de considerar la figura de la commenda y de ubicar a la A. en P., pasamos a exponer brevemente los ordenamientos jurídicos en los que ya se regula esta institución.

### 5.1. Derecho francés

Constituyen antecedentes de la posterior codificación de la A. en P., las referencias que hemos señalado de las prácticas y costumbres en nuestra materia, particularmente respecto a la commenda; pero en donde cobra realmente su sentido y se establece su régimen jurídico es a través de los ordenamientos legales que comenzaron a regularla; por ello estimamos como razón válida, considerar a continuación las ordenanzas francesa.

#### 5.1.1. Ordenanza de Blois

En el derecho francés la A. en P. se encontraba ya regulada en la ordenanza de Blois de 1579, bajo el nombre de societé anonymé, compte la demi o compte en participation, en donde se establecía la obligación de registrar el contrato (62).



### 5.12. Ordenanza de 1673

Bajo el imperio de la Ordenanza de 1673, de --- Luis XIV para el comercio terrestre, la A. en P. fue calificada de sociedad anónima, aunque dicha Ordenanza no la mencionó expresamente, porque se ocupaba casi exclusivamente de la forma y publicación de los actos de sociedades; sin embargo, los autores posteriores a la citada Ordenanza y anteriores al Código de Comercio, se referían a ella, y probablemente por su carácter oculto, dicho ordenamiento no hizo referencia expresa a ella (63).

Conocida también como Code Savary, esta Ordenanza representa la fuente de muchas de las instituciones legisladas posteriormente por el Código de Napoleón (64).

Savary (65), a quien se considera autor de la Ordenanza expresaba que nuestra figura se denominaba anónima porque carecía de nombre, no era conocida -- por nadie; la mayor parte de esas S.A. se formaban -- por cartas que los comerciantes se escribían entre -- sí, y en las que las estipulaciones contractuales -- eran frecuentemente breves. Sin embargo, el epíteto -- de anónima no corresponde al concepto que hoy en día se da de las sociedades de este nombre, porque mientras en éstas el anonimato se entiende respecto a -- los titulares de las acciones, en la A. en P. opera

respecto al mismo contrato y a los participantes.

Después de la referida Ordenanza, la A. en P. era tal que entre los asociados existía una verdadera sociedad, pero ajena a terceros, el que trataba con éstos sólo se obligaba con los mismos, y únicamente contra él podrían dirigirse sus acciones. Cabe hacer notar que Rousseau <sup>(66)</sup> advierte que esto era sólo una aplicación de la jurisprudencia italiana "en éste país, en efecto, que se desarrolló la participación en los tiempos más distantes".

La llamada sociedad anónima o cuenta en participación es, en este sentido, aquella por la cual dos o más personas son parte dentro de una negociación que será realizada por una de ellas en su sólo nombre, sin manifestarse frente a terceros.

### 5.1.3 Código de Comercio de 1808

Este Código reglamentó la A. en P. en forma sumaria; al parecer nada quiso innovar, simplemente -- "pretendió dar una configuración legal al contrato, que su uso había introducido en las prácticas comerciales; buscando por consiguiente en sus orígenes -- cuáles eran sus caracteres y qué signos de ella podía reconocer" <sup>(67)</sup>

## 5.2. Derecho italiano

En los estatutos de las ciudades italianas aparecen, de alguna manera, manifestaciones de la participación <sup>(68)</sup>, en virtud de que, como señalaba Delangle: <sup>(69)</sup>

"Las asociaciones en participación fueron en todos los tiempos conocidas y practicadas en el Comercio, naciendo de la ocasión, y terminando con ella, fáciles de formarse, igual que de terminarse; la libertad de sus acciones y su rápido movimiento ofrecieron más ventajas a la especulación para que el comercio pudiese transcurrir...."

En el mismo sentido se pronunciaba Rodolfo Calamandrei <sup>(70)</sup> al expresar que los oficios económicos de la A. en P. fueron tales que, "su existencia se pierde en las más obscuras noches de los tiempos antiguos". Sin embargo, a partir del Código de Comercio Arbertino de 1848 se recoge y regula a esta figura.

### 5.2.1. Código Arbertino.

Este Código, adopta el Concepto que se tenía en la doctrina de la A. en P. asociación pasajera, momentánea, que no se manifiesta frente a terceros; y

la reguló en sus artículos 59 y siguientes, dentro - del rubro: "De operaciones de comercio especiales y determinadas" (71)

#### 5.2.2. Código de Comercio de 1882

Nuevamente, este ordenamiento, toma el concepto desarrollado por los antiguos jurisconsultos, pero - con la innovación de que ya se prevén operaciones - más duraderas, puesto que advierte la participación en una o más operaciones, e incluso de una negocia- ción comercial (72).

#### 5.2.3. Código Civil de 1942

Unificadas en un sólo Código, las materias mer- cantil y civil, el actual ordenamiento conserva la - denominación de Associazione in partecipazione, la que reglamenta en sus artículos 2549 a 2554 (73).

### 5.3. Derecho español

#### 5.3.1. Código de las Costumbres de Tortosa

Para algunos autores, el Código de las Costum- bres de Tortosa ya regulaba de alguna manera a la A. en P., permitiendo que un empresario o naviero acep- tara capitales de varios asociados, denominados par-

soners (74).

### 5.3.2. El Libro del Consulado del Mar

En este ordenamiento se registran fórmulas jurídicas que constituyen antecedentes de nuestra institución. En varios de sus capítulos se regula la comenda bajo el nombre de comanda <sup>(75)</sup>, que implicaba una actividad mercantil específica, que consistía en vender las mercancías recibidas en tal carácter; así, el Capítulo 255 define a la comanda feta a ús de mar (commenda a uso y costumbre de mar), consistente en que el commendatore entregaba al tractator con escritura o sin ella, una determinada cantidad de dinero o mercancías "que recibe a uso y costumbre de mar y a riesgo de mar y de corsarios" para venderlas o emplearlos en cualquier lugar en donde haga puerto la nave en la que se dispone a realizar el viaje <sup>(76)</sup>. El tractator tenía obligación de rendir cuentas de las operaciones, cuando existía duda sobre dicha rendición, se le podía hacer jurar que la cuenta era exacta y conforme a lo que declaraba, pero una vez tomado juramento y ratificada su declaración ésta no era apelable porque "Com algú comana lo seu o altre, que re ha en ell " (Cfr. capítulo 279 Libro del Consulado del Mar).

El Libro del Consulado del Mar, regulaba única-

mente la comanda unilateral; aquella en la que el commendatore era el único que aportaba dinero o mercancías; lo que reafirma la consideración de que la commenda marítima generalmente era unilateral y que el tractator únicamente aportaba su industria, realizando el viaje y la operación mercantil participando del capital de otro sin exponer el propio.

### 5.3.3. Código de Comercio de 1829

Este ordenamiento reglamentaba a la A. en P. en sus artículos 354 a 358 inclusive; bajo la denominación de "Sociedades Accidentales o Cuentas en Participación" y establecía que:

Pueden los comerciantes, sin establecer compañía formal bajo las reglas que van prescritas, interesarse los unos en las operaciones de los otros contribuyendo para ello en la parte de capital que convengan, haciéndose partícipe de -- los resultados prósperos o adversos, bajo la -- proporción que determinen (Art. 354).

## 5.4. Derecho mexicano

### 5.4.1. Legislación colonial

El comercio de la Nueva España estuvo regulado por las Ordenanzas del Consulado de México y supleto

riamente por las de los Consulados de Sevilla, Burgos y Bilbao; dicho Consulado, tenía competencia para conocer de los "pleytos é debates, dudas é diferencias, en resulta de cuentas de compañía, consignaciones, fletamentos é seguros, riesgos, averías...é otras contrataciones, tocantes é concernientes á el dicho comercio" (77).

Pero, no obstante que la Recopilación de Leyes de los Reinos de Indias estableció, respecto al Consulado de México, que "en todo lo que leyes de este título fuere omiso, se guarden las leyes y ordenanzas de los Consulados de Burgos y Sevilla" (78), la práctica en la última parte del siglo XVIII fue que falta de disposición en las Ordenanzas del Consulado de México se aplicarían las de Bilbao. (79) Por lo que podemos decir que en lo que al comercio marítimo y terrestre mexicano se refiere, las Ordenanzas de Bilbao fueron el Código de Comercio que rigió en nuestro país hasta la promulgación de nuestros códigos de comercio.

En efecto, el Consulado de México, manifestó, el 3 de noviembre de 1785, que observaba a falta de Ordenanza suya, lo establecido por las de Bilbao, en todo lo que eran adaptables a las circunstancias del país y estilo de su comercio; agregó dicho Consulado, que ello era conforme a lo que asentaban los autores

que habían expuesto la Ley Primera de Toro, argumentando que "pues si dicen uniformemente que a falta de ley, estatuto o costumbre, debe determinarse por la opinión común de los intérpretes; con mucha más razón deberá resolverse por lo que el soberano tiene aprobado en casos semejantes, y respecto de una misma línea, cual es la de comercio" (80).

Posteriormente, por órdenes de 22 de febrero de 1792 y 27 de abril de 1801, se mandaron observar en México, aunque al parecer no hubo la debida publicación (81).

Sin embargo, aun cuando tales Ordenanzas constituían una reglamentación más completa, respecto a la materia mercantil sustantiva, en ninguno de sus 29 capítulos se regulaba a la A. en P., ni a su antecedente la Comanda (82); y no es sino a partir del Código español de 1829, que se reglamenta la institución, pero que carece de fuerza de ley ante nosotros, debido a que México había obtenido su independencia en 1821, aunque no obstante, de hecho se seguían --- aplicando disposiciones españolas (83).

#### 5.4.2. Código de Comercio de 1854

El primer Código de Comercio promulgado en México fue el de 16 de mayo de 1854 para el Distrito y Territorios Federales, obra de Teodosio Lares, en --



donde se recoge a la A. en P. bajo la denominación - de Sociedad Accidental o Cuentas en Participación. En el Libro segundo Sección Quinta, intitulado bajo el mismo rubro. Esta designación fue acogida por la influencia que ejerció la legislación española, tanto en los jurisconsultos mexicanos como en los comerciantes (84).

El art. 265 del ordenamiento citado establecía y reconocía a la A. en P. como compañía mercantil en participación. Esto, a pesar de que la Sección Segunda "De las compañías de comercio", art. 234, señalaba expresamente que reconocía tres especies de compañías de comercio, a saber: la sociedad colectiva, la sociedad en comandita y la sociedad anónima.

Aquella admisión de la A. en P., aunque pueda - aparecer poco afortunado, podemos entenderla en cuanto que por ser evidente su práctica, la ley no podía mantenerse ajena a ella; y que si bien la denominó - sociedad, no le exigió las formalidades requeridas - para las sociedades mercantiles. Este Código no daba una definición de dicha institución; únicamente puntualizaba que las A. en P. no estaban sujetas a las - formalidades requeridas para las "otras" sociedades (arts. 265 y 266), como indicamos anteriormente; y - que tenían lugar para las operaciones mercantiles, - con las proporciones de interés y condiciones estipu

ladas entre las partes.

Agregaba que la responsabilidad de la A. en P. pesaba exclusivamente sobre el comerciante que las dirigía en su nombre particular, a quien se reconocía personalidad para intentar cualquiera acción contra terceros (art. 267), lo que supone que cuando menos el asociante debería ser comerciante.

No obstante el adelanto legislativo y la unificación de disposiciones mercantiles, este Código tuvo una duración breve: el 29 de octubre de 1856 <sup>(85)</sup> fue abrogado por el presidente Don Ignacio Comonfort, mediante declaración que hiciera a propósito de una consulta que se le hizo respecto a la vigencia de dicho Código, en la que se señaló que por los artículos 1 y 77 de la Ley de 23 de Noviembre del año anterior, se había derogado el referido Código de Comercio y que en materia comercial deberían regir en toda la República las leyes anteriores a 1853, recobrando vigencia las Ordenanzas de Bilbao, cuya aplicación se encomendó a tribunales especiales <sup>(86)</sup>.

Sin embargo, en 1863, por decreto imperial de 15 de julio, se restableció su vigencia <sup>(87)</sup>: en efecto, el artículo 5, de este decreto, no sólo volvía a establecer la vigencia de este Ordenamiento mercantil, sino que señalaba la formación de tribunales que el mismo Código de Comercio contemplaba, pa-

ra conocer de los negocios mercantiles iniciados y - que se iniciaren.

#### 5.4.3. Código de Comercio de 1884

Este fue el primer ordenamiento de carácter federal, por virtud de la reforma del 15 de diciembre de 1883 al artículo 73 fracción X de la Constitución Política de 1857; y de corta duración. Este Código adopta del anterior el carácter de sociedad de la A. en P. y la coloca en el Libro Segundo, "de las operaciones de comercio", Título Segundo, "de las compañías de comercio" y le dedica el Capítulo XI para establecer su régimen jurídico, con la nueva denominación de Asociación en Participación.

La innovación de este Código, además de la denominación de A. en P., que por primera vez se utiliza en nuestros ordenamientos, es la regulación más amplia (arts. 620 a 628) y la definición que de ella se establecía en su artículo 620, que prescribía que las A. en P. eran "sociedades" formadas entre dos o más personas, de las que cuando menos una era comerciante, cuyo objeto era la realización de uno o más negocios determinados y no estaban sujetas a requisitos ni formalidades legales.

Consideraba, sin embargo, a la A. en P. como -- una sociedad interna entre los "socios" (Art. 623) y

señalaba que cada uno podía proceder en la parte que le correspondiera en nombre propio y bajo su responsabilidad personal, conservando la propiedad de los bienes que hubiere aportado (88).

Establecía, también, la obligación del asociante de efectuar las operaciones relativas a la A. en P., procurando llevarlas a buen término, liquidarlas y presentar las cuentas mediante comprobación (art. 627).

#### 5.4.4. Código de Comercio de 1890

Innovación de este ordenamiento es la regulación que de la A. en P. hacía en el título "de las asociaciones", en el que distinguía y regulaba dos tipos de ellas, la momentánea y la A. en P. propiamente dicha.

Respecto a ésta última, establecía en su art. 270:

La asociación en participación es aquella en la cual se interesan dos o más personas en operaciones que tratan en su propio nombre una o varias, siempre que éstas constituyan una sola entidad jurídica. No hay entre los terceros y los asociados que no contratan ninguna acción directa.

Por disposición del propio ordenamiento ambas - asociaciones; en participación y momentánea tenían - lugar entre los asociados para los objetos, en las - formas, con las proporciones de interés y condicio-- nes que ellas estimaren convenientes.

#### 5.4.5. Ley General de Sociedades Mercantiles

Esta ley, que vino a derogar los artículos res- pectivos del Código de Comercio en materia de socie- dades, regula a la A. en P.; y reúne en un sólo tipo a las dos asociaciones adoptadas por éste, definién- dola según lo establece el artículo 252 y dándole el carácter de contrato.

Se mejora en esta ley el régimen jurídico de la A. en P., a la que, como expondremos más adelante; - se le niega personalidad jurídica, se exige que cons\_ te por escrito, el asociante obra a nombre propio, - los bienes aportados por el asociados, respecto de - terceros, pertenecen en propiedad al asociante y no hay relación jurídica entre el asociado y los terce- ros.

#### 5.4.6. Proyecto de Código de Comercio de 1954

La tendencia de unificación de la materia mer-- cantil en un sólo código se ha manifestado en nues-- tro derecho interno, a través de diversos proyectos de código de comercio que se han venido realizando.

En Proyecto de 1954, en su intento unificador - trató de reestructurar algunas figuras mercantiles y de crear otras que nuestra legislación actual no contempla.

Por lo que atañe a la A. en P., se situaba en - el Libro Cuarto, "de los contratos mercantiles", Ca-pítulo Séptimo, "Del contrato de participación", ba-jo esta nueva denominación su régimen jurídico com--prendía los artículos 892 a 896.

Acorde con este Proyecto, el llamado contrato - de participación no estaría sujeto a formalidad algu-na ni a registro, ni daría nacimiento a una persona -moral (art. 893); pero el uso de un nombre comercial haría responder a los participantes que lo consintie-ran, como si fuesen socios colectivos, es decir, res-ponderían solidaria, subsidiaria e ilimitadamente.

Peró, no obstante que al carácter de contrato - se le pretendía dar mayor precisión, se establecía, - en el Proyecto de referencia, que en lo no previsto por el contrato se aplicarían las reglas de las so--ciedades en nombre colectivo, sobre información, de-recho de intervención de los socios que no fueren ad-ministradores, rendición de cuentas y disolución.

Aun cuando este proyecto no presentaba grandes innovaciones, respecto al régimen jurídico de la A.

en P., la estructuraba junto con los contratos mercantiles y no al lado de las sociedades; pero, como otros tantos proyectos éste tampoco prosperó.

#### 5.4.7. Proyecto de Código de Comercio de 1960.

Bajo este proyecto se intentó también regular a la A. en P., con el nombre de contrato en participación, ubicado dentro del capítulo dedicado a los contratos mercantiles.

Se definía a la A. en P. como el contrato por el que "un comerciante se obliga a compartir con una o varias personas, que le aportan bienes o servicios, las utilidades o pérdidas que resulten de una o varias operaciones de su empresa o del giro total de la misma" (art. 892).

De acuerdo con el proyecto, la A. en P. no estaría sujeta a formalidad alguna, carecería de personalidad jurídica, de nombre o razón social; pero, el uso de un nombre comercial haría responder al asociado que lo consintiera como si fuese socio colectivo, es decir, de manera solidaria, subsidiaria e ilimitada, según el art. 893.

Se establecía que, en ausencia de reglas especiales, se aplicarían sobre derecho de información, derecho de los "socios" que no sean administradores, rendición de cuentas y disolución, las reglas previ-

tas para las sociedades en nombre colectivo (art.---896).

#### 5.4.8. Proyecto de Código de Comercio de 1981

Bajo este ordenamiento se intenta renovar las disposiciones obsoletas que nuestro actual Código -- aún contemplaba, y se intenta, igual que en los anteriores, integrar las instituciones mercantiles en un único Ordenamiento (89).

Por lo que hace a la figura materia de este estudio, el proyecto estructura a la A. en P. también en el Libro de los contratos mercantiles, en el Capítulo Séptimo "Del contrato de participación", sin embargo, respecto a los anteriores proyectos, no encontramos innovación alguna, por lo que sólo lo mencionamos, pero, advertimos que en todos esos intentos de Código de Comercio se manifiesta la preocupación por regular en forma más precisa a la A. en P.



NOTAS AL CAPITULO I

- (1) GIOVANNI GRANDI, Salvatore; L'Associazione in Partecipazione", Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, Milano 1939, p. 10.
- (2) PRUNEDA G., Armandino; "Notas sobre el contrato mercantil de asociación en participación", en "Lecturas Jurídicas" Universidad Autónoma de Chihuahua, No. 58, - agosto, octubre, México 1975, p. 21.
- (3) Cfr. "Nueva Enciclopedia Jurídica", Seix Barral, Editor, Vol. VI, Barcelona, España --- 1975, p. 81.
- (4) HARDY, Clarisa: "Conflicto social en el campo, - Sinaloa 1970-1980. Campesinos y agricultores: una alianza desigual, antecedentes para un debate necesario, mimeo grafiado, "Versión para la Discusión", Sinaloa mayo 1980 México, p. 16 y 17.
- (5) Ibid.
- (6) Cfr. "Decreto que establece, reforma y adiciona diversas disposiciones de carácter mercantil", publicado en Diario Oficial de la Federación, el 30 de diciembre - de 1982.
- (7) REHME, Paul; "Historia Universal del Derecho -- Mercantil", Tr. E. Gómez Orbaneja, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1941, p. 45.
- (8) SOLA CAÑIZARES, Felipe "El Contrato de Participación en el Derecho Español y en el Comparado", Madrid, España 1945 p. 5

- (9) REHME, Paul; Op. cit., p. 45
- (10) Ibid., p. 45 y s.; para el estudio del texto -- del Código de Hammurabi, Cfr. Kramer, S.N., "La Historia empieza en Sumer", - Editorial Ayma, S.A., Barcelona, España, s/a. p. 101 a 104.
- (11) NAVARRINI, Umberto: "Trattato Emelentare di Diritto Commerciale", Vol. II, Torino, - Italia 1935, p. 12 y s.
- (12) GAY DE MONTELLA; "Tratado Práctico de Sociedades Mercantiles" T. I, Bosch, casa Editorial Barcelona, España 1948, p. 19 y 20.
- (13) BIALOSTOSKY, Sara; "Antecedentes de las sociedades mercantiles en el derecho romano", en "Revista de la Facultad de Derecho de México", No. 74, UNAM, México 1969, p. 200 y s.
- (14) ARIAS BONET, J.; "Societas Publicanorum", en -- "Anuario de Historia del Derecho Español", serie 1a, T, XIX, No. 1, Madrid España 1948-1949, p. 266.
- (15) Ibid.
- (16) BIALOSTOSKY, Sara; Op. cit., p. 200 y s.
- (17) Ibid p. 202.
- (18) ARIAS BONET; Op. cit., p. 219 y s.
- (19) GIOVANNI GRANDI, Salvatore; Op. cit., p. 8.
- (20) Op. cit., p. 6 y s.
- (21) Cfr. GAY DE MONTELLA; Op. cit., p. 21 y s.

- (22) BARRERA GRAF, Jorge; "Tratado de Derecho Mercantil", Porrúa, México 1957, p. 45 y s.
- (23) REHME, Paul; op.cit., p. 75 y s.
- (24) MANTILLA MOLINA, Roberto; "Derecho Mercantil", - Porrúa, México 1981, p. 183.
- (25) SOLA CAÑIZARES, Felipe; Op.cit., Cita 10, p. 5
- (26) Cfr. AZTIRIA, Enrique; "Origen y evolución histórica del derecho comercial y antecedentes argentinos", en "Lecciones y Ensayos" No. 8, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, Argentina, 1958, - p. 12 y s.
- (27) Cfr. GOLDSCHMLDT, Levin; "Storia del Diritto -- Commerciale", Traducción la. de Vittorio Pouchain y Antonio Scialoja, Torino 1933, p. 202.
- (28) REHME, Paul, Op. Cit., p. 75 y 82.
- (29) MARTINEZ GIJON; "La comenda en el derecho español I. La comenda depósito", en "Anuario de Historia del Derecho Español", Serie la., T. XXXVI, Madrid, España 1966, p. 386 y s.
- (30) MARTINEZ GIJON; "La comenda en el derecho español. II. La comenda mercantil", en "Anuario de Historia del Derecho Español" Serie la. T. XXXVI, No. 1, Madrid, España 1966, p. 386 y s.
- (31) Ibid.
- (32) GIOVANNI GRANDI; Op. Cit., p. 12
- (33) ARCANGELI, Ageo; "Scritti di Diritto Commerciale ed Agrario", CEDAM, Padova, Italia 1935, p. 8 y 10.

- (34) Cfr. GAY DE MONTELLA, Op. cit., p. 21 y s. Inclusive los mercaderes, no sólo practica-  
ron la commenda en Italia, sino que tam-  
bién la desarrollaron en Francia, al pa-  
recer, mediante permiso del papa frances;  
los lombardos negociantes de Florencia,-  
Pisa, Venecia y Génova dieron gran impul-  
so a la industria y al comercio, encon-  
trando un medio para evitar pérdidas a -  
los capitalistas que querían interesarse  
en operaciones de comercio y para "suavi-  
zar los escrúpulos frente a la usura", -  
Cfr. Delangle, M.: "Delle Societa di Com-  
mercio. II Titolo III, Libro I del Codi-  
ce di Commercio", traducción de Giuseppe  
D'Angelo, Venezia 1847, p. IX de la in-  
troducción.
- (35) GOLDSCHMIDT, Levin: Op. cit., p. 207 a 211
- (36) ARCANGELI, Op. Cit., p. 17 y Goldschimidth, Op.  
cit. p. 213.
- (37) Ibid. p. 14.
- (38) Ibid. p. 15 y 16
- (39) Cfr. GOLDSCHMIDTH, Levin; Op. cit., p. 212.
- (40) Op. cit., p. 212.
- (41) MARTINEZ GIJON: "La comenda en el derecho espa-  
ñol, II. La comenda mercantil"...p. 386  
y s.
- (42) Ibid. p. 386.
- (43) No debemos olvidar que, el comendatario tracta  
tor era el mercader, y que el contrato  
estaba basado en la confianza que se te-  
nía en él mismo, según se desprende del-

Capítulo 279 del "Libro del Consulado del Mar", traducido al castellano por Antonio Capmany, Cámara Oficial de Comercio y Navegación, Barcelona, España 1965; y de los documentos citados por Martínez Gijón nota Supra.

- (44) Hemos señalado en otra parte que, los riesgos -- los sufría el capitalista, y comprendían los de viaje de ida y regreso, -- los de robo, piratería, echazón y naufragio.
- (45) Cfr. MARTINEZ GIJON, nota supra 41.
- (46) Cfr. PEREZ HERRERO, Pedro: "El Consulado de Comerciantes de la Ciudad de México y -- las reformas borbónicas. El control de los medios de pago durante la segunda mitad del Siglo XVIII", Tesis Profesional para obtener el grado de Doctorado en Historia, Vol. I, México 1981, p. 65 y 117.
- (47) CESPEDES DEL CASTILLO, Guillermo; "Seguros marítimos en la carrera de Indias", en --- "Anuario de Historia del Derecho Español", Serie Ia. Vol. I, Madrid, España 1948-1949, p. 60.
- (48) Cfr. nota supra 41, p. 434 y ss.
- (49) Op. cit., p. 39, que se refiere a nuestro país.
- (50) MARTINEZ GIJON: "La comenda en el derecho español. II. La Comenda mercantil...p. 434 y s.
- (51) Ibid p. 432.
- (52) Cfr. PEREZ HERRERO, Pedro, Op. cit., p. 142 y s.

- (53) Cfr. CESPEDES DEL CASTILLO, Guillermo; Op.cit., 60.
- (54) Cfr. AZARA Antonio, voz "Commenda", en el "Novissimo Digesto Italiano", Vol. III, - Torino, Italia 1957, p. 607 y s.
- (55) Así GOLDSCHIMIDT, Levin; Op. cit., p. 203
- (56) Cfr. GALINDO GARFIAS, Ignacio; "Asociaciones y sociedades" en "Revista de la Facultad de Derecho de México", I. IX. Nos. 35-36, UNAM, México 1959, p. 194.
- (57) PRUNEDA G, Armandino; Op. cit., p. 21 y s.
- (58) GARRIGUES, Joaquín; "Curso de Derecho Mercantil" Vol. II, Madrid, España 1960, p. 58.
- (59) GARRIGUES, Joaquín; "Tratado de Derecho Mercantil", T. I, Madrid España, 1947 p. 577 y s.
- (60) BROSETA PONT, Manuel; "Manual de Derecho Mercantil", Madrid España, 1974, p. 330 y s.
- (61) Cfr. RAMIREZ BAÑOS, F.; "La asociación en participación en el derecho positivo mexicano", en "Revista de la Universidad de San Carlos", No. 63, mayo, junio, julio, agosto, Guatemala 1964, p. 60 y s.
- (62) Así MEZZERA ALVAREZ, Rodolfo; "Curso de Derecho Comercial", T. II, Montevideo, Uruguay 1957, p. 186.
- (63) Cfr. LEVY-BRUHL, Henri; "Histoire Juridique des Sociétés de Commerce en France aux --- XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> Siècles", Paris 1938, ps. 41 y s.

- (64) AZTIRIA, Enrique; Op. cit., p. 14.
- (65) Cfr. ROUSSEAU, Rodolphe; "Sociétés Commerciales"  
T. II. París 1878, p. 45 y s.
- (66) Ibid., p. 48 y s.
- (67) Ibid., p. 47 y s.
- (68) Cfr. SOLA CAÑIZARES, Felipe; Op. Cit., p. 9
- (69) DELANGLE, M., Op. cit., p. 360.
- (70) CALAMANDREI, Rodolfo; "Delle Società e delle --  
Associazioni Commerciali", Vol. I. Torino, Italia 1884, p. 403.
- (71) Cfr. GIOVANNI GRANDI, Salvatore; Op. cit., p.30
- (72) CALAMANDREI: Op. cit., p. 407
- (73) Cfr. el "Codice Civile con la Costituzione e  
le Principali Leggi Speciali", Dott. A.  
Giuffré Editore, Milano, Italia 1976.
- (74) Cfr. SOLA CAÑIZARES; Op. cit., Cita 12, p. 6 y  
Pruneda G., Armandino; Op. cit., p. 20.
- (75) Cfr. los Capítulos 212, 278 y 279 del "Libro -  
del Consulado del Mar".
- (76) Cfr. el Capítulo 255 del "Libro del Consulado -  
del Mar", que corresponde al 254 según  
traducción de Company, Op. cit. y que se  
intitula "De comanda feta a ús de mar".
- (77) Cfr. el Texto de las "Ordenanzas del Consulado  
de México", en Vázquez Arminio, Fernando;  
"Derecho Mercantil, Fundamentos e -  
Historia", Porrúa, México 1977, p.116 y  
118.

- (78) Cfr. La "Recopilación de Leyes de los Reinos de Indias", Título 46, Libro Nono, Ley LXXV Consejo de la Hispanidad, Madrid, España 1948.
- (79) Cfr. VAZQUEZ ARMINIO, Fernando; Opc. cit., p. 120
- (80) Cfr. RODRIGUEZ DE SAN MIGUEL, Juan; "Curia Filípica Mexicana", edición facsimilar, UNAM, México 1978, p. 660.
- (81) Ibid.
- (82) Cfr. "Los Códigos Españoles Concordados y Anotados", T. Duodécimo, "Nueva Recopilación, Autos Acordados, Ordenanzas de Bilbao, - 2a. edición, Madrid, España 1873.
- (83) Cfr. VAZQUEZ ARMINIO, Fernando; Op. cit., p. 130 y s.
- (84) Así RODRIGUEZ DE SAN MIGUEL; Op. cit., p. 639
- (85) Cfr. "El Archivo Mexicano, Colección de Leyes, - Decretos, Circulares y otros Documentos", T. II. México 1856, p. 441 y s. y Dublán Manuel y José María Lozano, "Legislación Mexicana o Colección Completa de las Disposiciones Legislativas" edición oficial, T. VIII, México 1856-1859, p. 274.
- (86) Cfr. VAZQUEZ ARMINIO, Fernando; Opc. cit., p. 131 y s.
- (87) Cfr. el "Boletín de las Leyes del Imperio Mexicano, o sea Código de la Restauración", colección completa de leyes y decretos, publicado por José Sebastián Segura, México 1863, p. 133 y ss.



- (88) Consideramos de importancia este precepto por -  
lo que toca a nuestra ley vigente, en  
cuanto a tal transmisión de propiedad  
de los bienes aportados en A. en P., -  
la cual, según el artículo 257, frente  
a terceros, corresponde al asociante.
- (89) Según lo establece dicho proyecto en su exposi-  
ción de motivos.

C A P I T U L O   I I

NATURALEZA JURIDICA DE LA ASOCIACION

EN PARTICIPACION.

## II. NATURALEZA JURIDICA DE LA ASOCIACION EN PARTICIPACION.

### 1. Consideraciones preliminares.

La determinación de la naturaleza jurídica de la A en P., presenta serias dificultades, debido a que su regulación ha sido deficiente e imprecisa en todos los tiempos y legislaciones.

En efecto, uno de los problemas más discutidos en la doctrina mercantil ha sido determinar cuál es la naturaleza de esta figura, tan peculiar y tan recurrida por personas que encuentran en ella la fórmula jurídica adecuada para lograr ventajas económicas y jurídicas; por ello, y habida cuenta de la carencia de uniformidad tanto en la doctrina como en la legislación, consideramos necesario tratar de resolver esta cuestión.

Se ha discutido si la A. en P., es una sociedad, si se trata de un contrato diverso al de sociedad, o incluso si es un contrato sui generis; pero el problema no es únicamente doctrinal. Algunas legislaciones la califican de sociedad, como la argentina y la francesa, otras como las de España, Honduras, Colombia y México, establecen que se trata de un contrato; y otras más, la denominan simplemente asociación, como en Perú e Italia; las dudas afloran

frente a las legislaciones que la regulan inmediatamente después de las sociedades mercantiles y que le niegan tal carácter, y aún más, cuando no obstante - la calificación de contrato, determinan expresamente aplicables las reglas de las sociedades de nombre colectivo, de comandita o de las sociedades mercantiles en general. (1)

Por ello, nosotros tratamos de analizar la figura de la A. en P., en función de la terminología utilizada en distintas legislaciones, su concepto, definición, regulación, su estructura, sus notas caracte-rísticas y sus elementos. En el presente apartado, - llegamos a la conclusión de que se trata de un contrato de carácter asociativo y bilateral.

## 2. Terminología

La A. en P., es denominada de diversas maneras: en nuestro derecho, es llamada asociación en participación (art. 252 L.G.S.M.), al igual que en Venezue-la (art. 339 C.Co. de 23 de julio de 1955); en Espa-ña, cuentas en participación (art. 239 C.Co. de 22 - de agosto de 1885), epíteto que adoptan legislacio--nes como Perú (art. 232 C.Co. de 2 de agosto de ---- 1932), Cuba (art. 239 C.Co.) y Colombia (art. 507 C. Co. de 1971); Chile (art. 507 y C.Co. de 23 de no---viembre de 1865) y Ecuador (art. 400 de la Ley de --

Compañías, de 15 de febrero de 1964), la denominan - asociación o cuentas en participación.

En Argentina (art. 361 Ley de Sociedades de --- 1972) y Uruguay (art. 444 C.Co. de 24 de enero de -- 1966), recibe el nombre de sociedad accidental o en participación; en el Brasil (art. 325 C.Co. de 5 de julio de 1934) sociedades em conta de participacão; - Francia (art. 1871 del C.Civ., Ley No. 78-9 de 4 de enero de 1978) la llama société en participation; -- Italia, por su parte, la denomina associazione in -- partecipazione (art. 2549 del C.Civ. de 1942); y, en Guatemala (art. 452 del C.Co. de 15 de septiembre de 1942), se utiliza el vocablo contrato de participa-- ción.

### 3. Concepto de la Asociación en Participación.

#### 3.1. Regulación y definición en derecho mexicana no.

De conformidad con el bosquejo histórico que he mos realizado, particularmente tratándose de nuestra legislación, encontramos que el legislador ha vacila co por lo que se refiere a la naturaleza jurídica de la A. en P.

En efecto, el C.Co. de 1854 le concedía carác-- ter de sociedad, pero le dispensaba de las formalida

des requeridas a las sociedades mercantiles; denominación y régimen jurídico que se mantuvieron en el C.Co. de 1884, en tanto que el Ordenamiento de 1890 hablaba de contrato de asociación en participación.

Nuestra L.G.S.M., establece el carácter contractual de la A. en P., (art. 252); señala que es un "contrato por el cual una persona concede a otras que le aportan bienes o servicios una participación en las utilidades y en las pérdidas de una negociación mercantil o de una o varias operaciones de comercio". El régimen jurídico de la A. en P. se determina en el Capítulo XIII, "de la asociación en participación", y comprende los arts. 252 a 259 inclusive, de nuestra citada ley, después del Capítulo "de las sociedades extranjeras" y antes del respectivo del registro de las sociedades mercantiles.

Se trata de un contrato que no está sujeto a registro, pero se requiere que conste por escrito (art. 254 L.G.S.M.) y carece de razón o denominación social (art. 253 L.G.S.M.).

### 3.2. Concepto de asociación en participación en otras legislaciones.

La naturaleza jurídica de nuestra figura es objeto de controversias doctrinales, en función de las

diversas reglamentaciones nacionales; muchas de las cuales difieren entre sí, principalmente por lo que a su nomen iuris se refiere; la mayoría de ellas se muestra imprecisa y deficiente, por lo que hace difícil determinar su naturaleza.

A manera ejemplificativa exponemos algunas definiciones de la A. en P., que aparecen en diferentes ordenamientos legales y que nos hacen comprender que, si bien existen variadas denominaciones de nuestra figura, son en realidad dos las posiciones legales; aquellas que la consideran sociedad, pero con características diversas a las sociedades mercantiles, y las que determinan que se trata de un contrato distinto al de sociedad, aunque le sean aplicables las reglas de éstas.

### 3.2.1. Francia

El Código Civil francés dispone en su art. 1871 que la A. en P., es una sociedad (société en participation) cuya existencia no se revela a terceros; que no constituye una persona moral y en la que cada socio contrata con terceros en su nombre personal; que no está sujeta a las formalidades prescritas para las "otras" sociedades y, que no pueden emitir títulos cesibles o negociables en provecho de los "socios".

En consecuencia, se trata de una "sociedad de personas", distinta de las comerciales, por cuanto que no goza de personalidad jurídica, los partícipes permanecen ocultos y carece de patrimonio propio.

### 3.2.2. Italia

El Código Civil de 1942, determina que con el contrato de "associazione in partecipazione" (art. 2549) el asociante atribuye al asociado una participación en las utilidades de su empresa o de uno o más negocios, a cambio de la aportación correspondiente, y, que, salvo pacto en contrario, el asociado participa en las pérdidas en la misma proporción en que participa en las utilidades, aunque las pérdidas que le correspondan no pueden superar el valor de su aportación (art. 2553).

Su denominación (associazione in partecipazione) hace mantener la idea de que se trata de un contrato asociativo y su colocación en el código, junto a las sociedades, la asimila a éstas; sin embargo, "las diferencias subsisten e incluso parecen más claras que en el antiguo Código de Comercio".<sup>(2)</sup>

Carece de patrimonio propio y de personalidad jurídica, no hay ejercicio en común de una actividad económica, que es una característica esencial del contrato de sociedad (art. 2247 C.Ci.)



### 3.2.3. España

El Código de Comercio español, denomina a la A. en P. "cuentas en participación" y en su art. 239 -- prescribe:

podrán los comerciantes interesarse los unos en las operaciones de los otros, contribuyendo para ellos con la parte del capital que convienen y haciéndose partícipes de sus resultados prósperos o adversos en la proporción que determinen.

Este ordenamiento no exige formalidad alguna para su celebración (art. 240), no hay razón social y no puede usarse más crédito directo que el del asociante, quien obra bajo su nombre y responsabilidad personal y los terceros únicamente tienen acción contra éste.

### 3.2.4. Argentina

Denominada "sociedad accidental o en participación", la A. en P. se encuentra regulada en la Ley de Sociedades Comerciales, que la caracteriza como una sociedad cuyo objeto es la realización de una o más operaciones determinadas y transitorias, y que opera mediante aportaciones comunes y a nombre personal del "socio" gestor.

La "sociedad accidental" no es sujeto de derecho, persona jurídica, carece de denominación social, no está sujeta a requisitos de forma ni a registro.

En la exposición de motivos del ordenamiento -- que comentamos, se establece que la Comisión decidió regularla como "sociedad anómala", por carecer de -- personalidad jurídica y en razón de que, entre sus -- integrantes "crea en las relaciones internas un vínculo social, que diferencia sustancialmente la A. en P., de los demás negocios parciarios". (3)

Las características de la figura argentina son: sociedad oculta, transitoria y para una o más operaciones determinadas.

### 3.2.5. Brasil

Bajo el nombre de "sociedades em conta de participação", la A. en P., está reglamentada por los -- arts. 325 a 328 del Código de Comercio, el cual admite que se denomine también "sociedad accidental, momentánea o anónima"; no está sujeta a las formalidades prescritas para la formación de las sociedades -- comerciales y puede probarse por cualquier medio; el asociante es el único que se obliga frente a terceros (art. 326); compromete "los fondos sociales" incluso en obligaciones personales, si el tercero con quien contrató ignoraba la existencia de la "socie--

dad" (art. 327).

### 3.2.6. Chile

El Código de Comercio chileno reglamenta a la A. en P., en los arts. 507 a 511, y la define como "un contrato por el cual dos o más comerciantes participan en una o muchas operaciones mercantiles, instantáneas o sucesivas, que debe ejecutar uno de ellos - en su nombre y bajo su crédito personal, con la obligación de rendir cuenta y dividir con sus asociados en la forma convenida, las ganancias o pérdidas.

La califica siempre de contrato, sin que figure la locución "sociedad", y los partícipes son siempre denominados asociados y no socios, lo que parece indicar que es un contrato distinto al de sociedad, no obstante que su reglamentación esté dentro del capítulo consagrado a las sociedades mercantiles (art. 348 y ss).

### 3.2.7. Colombia

El Código de Comercio colombiano establece el régimen jurídico de la A. en P., en los arts. 507 a 514; y expresa que (art. 507):

es un contrato por el cual dos o más personas - que tienen la calidad de comerciantes toman interés en una o varias operaciones mercantiles - determinadas, que deberá ejecutar uno de ellos en su sólo nombre y bajo su crédito personal, -

con cargo de rendir cuenta y dividir con sus --  
partícipes las ganancias o pérdidas en la pro--  
porción convenida.

La A. en P., no está sujeta a las formalidades de las sociedades mercantiles (art. 508), no constituye una persona moral, carece de patrimonio social y domicilio, el asociante se reputa único dueño del negocio (art. 510) y las partes requieren la calidad de comerciantes.

Sin embargo, establece (art. 513) que salvo las modificaciones resultantes de la naturaleza jurídica de la "participación", ella producirá entre los partícipes los mismos derechos y obligaciones que la sociedad en comandita simple confiere e impone a los so---  
cios entre sí.

### 3.2.8. Guatemala

El Código de Comercio establece que la "Asociación en Participación" es un contrato, pero declara aplicables las reglas de las sociedades colectivas, salvo las que deriven de su naturaleza jurídica (art. 456), y que está sujeta a inscripción en escritura pública. (art. 453).

## 4. Carácter contractual

Como señalamos (1 supra), doctrinalmente se ha

discutido la naturaleza jurídica de la A. en P., y de manera fundamental se presentan dos posturas que se sitúan una frente a otra: la que considera a la A. en P. como una sociedad, y la que le niega tal carácter, si bien, señala su naturaleza contractual.

Lo cierto es, que la A. en P., no es una sociedad. Se trata de un contrato tan peculiar, decíamos, como lo son, vgr., la compraventa, la aparcería o el comodato; de ahí su nomen iuris diverso y su régimen jurídico distinto.

Nuestra L.G.S.M. establece como indicamos, que la A. en P. es un contrato; y de conformidad con nuestro C. Civ., art. 1793, los convenios que producen o transfieren obligaciones y derechos toman el nombre - contratos. En este sentido la A. en P. es un contrato o acuerdo de voluntades para crear o transferir derechos y obligaciones, convenidas por las partes, con las restricciones a la autonomía de la voluntad que impone la propia L.G.S.M. y en general el derecho común.

Se requiere que ese acuerdo de voluntades recaiga sobre un objeto de interés jurídico de carácter patrimonial, entendemos como patrimonio al conjunto de bienes, derechos y obligaciones que constituyen una universalidad de derecho; <sup>(4)</sup> para la existencia del contrato es indispensable el objeto, que pueda ser ma

teria del mismo. En la A. en P., una de las partes conviene en aportar bienes, servicios y la otra en darle una participación en las utilidades o pérdidas de una o varias operaciones de comercio o de una negociación mercantil.

Por el contrato de A. en P. una de las partes llamada asociante, concede a otra llamada asociado, una participación en las utilidades y en las pérdidas de una negociación comercial a cambio de una aportación.

En efecto, se trata de un contrato, como lo es el de sociedad, pero diverso de éste porque aunque le son aplicables algunas disposiciones previstas para las sociedades mercantiles, la aplicación es, en principio, justificable en virtud de que se trata de un contrato mercantil cuya naturaleza es asociativa y porque a pesar de la buena disposición del legislador para dejar claros la naturaleza y régimen jurídicos de la A. en P., oscuros en nuestro Código de Comercio de 1890, <sup>(5)</sup> no se atrevió a declarar aplicables las disposiciones de los contratos en general, ni siquiera las previstas para las sociedades en comandita simple, con quienes presenta mayor analogía; ello porque desde su origen la A. en P. ha adolecido de impresiones en cuanto a su verdadera naturaleza.

Se trata de un contrato bilateral y no plurila-

teral como el de sociedad (consúltese infra 5.5.), - porque son dos las partes que concurren para formar- lo, y aun cuando se admitieran nuevos asociados, --- ellos, junto con el primer asociado, formarían la -- otra parte del contrato de A. en P., ya que una de - las partes (asociante), concede a otra u otras (aso- ciado), que le aportan bienes o servicios, una parti- cipación en las utilidades o en las pérdidas de una o varias operaciones de comercio o de una negocia--- ción mercantil (art. 252 L.G.S.M.).

Aun cuando nuestra L.G.S.M., determina aplica-- bles las reglas previstas para las sociedades en nom- bre colectivo, en cuanto al funcionamiento, disolu-- ción y liquidación de la A. en P. (art. 259), ello - no implica que se trate de una sociedad (cfr. art. 1 L.G.S.M.), pero sí de un contrato asociativo, pues - en todo caso se puede decir que es una asociación -- mercantil debido a su objeto, la explotación de una negociación mercantil, <sup>(6)</sup> aunque por supuesto dista mucho del concepto y funcionamiento que de asocia--- ción prescribe nuestro derecho común en su artículo 2670, como indicaremos en el apartado 5-4 de este -- capítulo.

Considerar que la A. en P., es una sociedad, -- por encontrarse regulada en la L.G.S.M., inmediata-- mente después de las sociedades mercantiles es una -

conclusión que por su propio peso cae, al igual que - considerar que se trata de esta figura porque algunas legislaciones establecen que la A. en P. no está sujeta a las formalidades previstas para la "otras sociedades", y que este vocablo "otras sociedades", hace - significar que, la A. en P., sea una sociedad. (7)

En todo caso, debemos proceder a analizar cuidadosamente su régimen jurídico, y no únicamente su denominación o su localización en los textos mercantiles y civiles, para poder concluir cuál es su naturaleza jurídica.

## 5. CARACTERISTICAS

### 5.1. Ausencia de personalidad

Nuestra L.G.S.M. enumera en su artículo 10. los tipos de sociedades mercantiles de manera limitativa y no ejemplificativa, de ahí que no se puedan crear - otras diversas a las establecidas, como acertadamente señala Barrera Graf, (8) no se permite el principio de la autonomía de la voluntad para crear otras sociedades. Inclusive, la propia ley determina que esas sociedades tienen personalidad jurídica, distinta de la de sus miembros desde el momento en que se exteriorizan como tales frente a terceros, caso éste de las sociedades irregulares (art. 2); en cambio, la A. en P. no está comprendida dentro del citado artículo 1, y -



el artículo 253 de la L.G.S.M., establece que carece de personalidad jurídica.

Por lo que la A. en P. no puede ser una sociedad mercantil y tampoco una persona moral, como lo son las sociedades comerciales regulares o irregulares, puesto que nuestra figura no es un sujeto de derecho reconocido por la ley (arts. 253 L.G.S.M. y 25 del C.Civ.), ni es la totalidad de varias personas consideradas como unidad <sup>(9)</sup> y si nuestra L.G.S.M. y supletoriamente el derecho común, no le dan tal carácter, no puede hablarse de sociedad de participación, ya que ni siquiera se producen los efectos jurídicos propios de la sociedad: patrimonio, personalidad jurídica, es decir, sujeto de derechos y obligaciones que los puede hacer valer a través de sus órganos sociales y representantes, domicilio y nacionalidad, lo que de ninguna manera ocurre en la A. en P.

En todo caso, si se exteriorizara como sociedad frente a terceros, se le aplicarían las reglas propias de las sociedades irregulares, pero no las de A. en P. y por otra parte, si se da a conocer la participación de los asociados ello no hace cambiar la naturaleza de la institución, ya que es un contrato lícito y su carácter oculto no lo es en el sentido de clandestino, pues como expresa Vivante, no habría porque sancionar la publicidad de la A. en P. si es un con--

trato perfectamente válido. (10)

Pero no obstante la uniformidad de las legislaciones en negar personalidad jurídica a esta figura, (11) quienes sostienen su naturaleza social, indican que es una sociedad sin personalidad, ya que la falta de ésta no es una característica peculiar de la A. en P. en aquellos países que admiten sociedades - incluso comerciales sin personalidad jurídica. (12)

Bajo este orden de cosas, nos adherimos a Barre  
ra Graf y a Rojina Villegas, quienes manifiestan que el problema de la personalidad jurídica, es un problema de derecho positivo, (13) toda vez que por ley se establecen los entes que gozan de personalidad y que, como efecto de ella, pueden asumir derechos y obligaciones.

Se sostiene que la carencia de personalidad jurídica en la A. en P., no implica en modo alguno, la inexistencia societaria, la cual tiene plena existencia y vida en la faz interna de esta figura entre -- sus participantes, "conservando por imperio de la -- ley los medios técnicos necesarios para operar en el medio económico como tal, aunque sin nombre social y adquiriendo sus derechos y obligaciones a través del asociante". (14)

Sin embargo, no estamos de acuerdo con esa afir

mación, ya que ni aun internamente hay sociedad; la A. en P. no actúa como un ente diverso a sus miembros, en todo caso es el asociante quien actúa a nombre y por cuenta propios, y no de la A. en P. (art. 256 L.G.S.M.)

Aun en el remoto caso de que fuere el asociado quien realizara las operaciones materia del contrato, lo haría a nombre y por cuenta del asociante, y no de la A. en P.: asumiría la figura del mandatario o del comisionista; de acuerdo a las reglas para aquellos que tratan en nombre y por cuenta de otro, como señala De Gregorio; <sup>(15)</sup> por ser mandatario del titular obligaría a éste en los límites del mandato; si lo hiciera a nombre propio, se obligaría el mismo y podría accionar directamente a los terceros, de la misma manera que si hace creer la existencia de una sociedad entre él y el asociante. <sup>(16)</sup>

En la A. en P., quien realiza las operaciones responde frente a terceros con su patrimonio propio, puesto que la A. en P., carece de patrimonio, como veremos en su oportunidad.

En la A. en P., no hay sociedad, pues no se da la combinación de recursos y esfuerzos dirigidos a una finalidad común (art. 2688 C.Civ), ya que, si bien es cierto que en nuestra figura una persona concede a otra que le aporta bienes o servicios, una --

participación en las utilidades y en las pérdidas de una negociación mercantil o de una o varias operaciones de comercio; y si bien el propósito por el que se celebra el contrato es esencialmente mercantil, no -- existe la combinación aludida de recursos y esfuer-- zos, porque en todo caso la colaboración o participa-- ción en la A. en P. es diversa a aquella de las socie-- dades, por esto no aceptamos que se pretenda decir -- que "es indudable que la (A. en P.) sea una sociedad", sobre todo cuando por sociedad se entiende el acto ju-- rídico mediante el cual los socios se obligan a combi-- nar sus recursos o sus esfuerzos para la realización de un fin común. (17)

Porque en la A. en P., no existe la affectio -- societatis, esa idea de colaboración e intención de -- constituirse en socio, característica de las socieda-- des, y aunque se pretenda establecer que ésta es una noción imprecisa e inexistente tratándose de los ac-- cionistas de las sociedades anónimas, como pretende -- señalarlo Solá Cañizares, principal sostenedor del ca-- rácter societario de nuestra figura, (18) nos inclina-- mos a considerar, como Uría (19) que esta idea de co-- laboración es uno de los datos más importantes para -- diferenciar a las sociedades de las otras institucio-- nes jurídicas en que no existe colaboración en una ac-- tividad común para la consecución de un fin, como --- acontece en la A. en P. en la que no hay affectio so-

cietatis.

En la A. en P. el elemento "participación", que parece calificarla, tiene alcance diverso al de las sociedades; en estas consiste "en el poder de formación de una voluntad colectiva, social" en el poder más o menos amplio de injerencia, en una posición de paridad de los socios" (20) y en el derecho igual a las utilidades frente al ente social, salvo pacto en contrario (Cfr. art. 16 L.G.S.M.); en tanto que en la A. en P. la participación se concreta y se agota en el derecho a las utilidades y la sujeción a las pérdidas, es decir en el mero derecho de crédito del asociado frente al asociante, y no a un ente social.

En este sentido, la idea de participación en la A. en P. difiere de la idea de colaboración social, en cuanto que en aquella figura, si bien también se participa en los resultados de un negocio u operación, no hay un quehacer común como en materia de sociedades, (21) es el asociante, en efecto, quien realiza y dirige las operaciones de la asociación, en su nombre y bajo su responsabilidad individual (art. 256 L.G.S.M.).

Y si no hay affectio societatis en la A. en P., no puede hablarse de sociedad; se tratará de otra institución pero no de una sociedad, y en este sentido -- tampoco de una persona moral, aun cuando admitimos --

que ésta no es una característica esencial de las so  
ciedades. (22) Consecuentemente, el contrato de A. -  
en P. no da lugar a una sociedad, ni aun internamen-  
te, ya que el asociado no se obliga a desarrollar ac-  
tividad común alguna con el asociante; ni siquiera a  
participar en la gestión, como sí lo hace en las jun-  
tas y asambleas el socio, o el accionista de las so-  
ciedades anónimas (principalmente mediante el voto)  
(23).

La naturaleza contractual de la A. en P. estri-  
ba en interesarse una de las partes en las operacio-  
nes que la otra realiza, mediante una aportación con-  
venida y con la participación en los resultados pró-  
pero o adversos, en la proporción que determinen, o  
en la determinada por la ley (Cfr. los arts. 258 y -  
16 de la L.G.S.M.), sin que se constituye un patrimo-  
nio propio de la asociación; de ahí que no resulte -  
necesaria la atribución de personalidad.

No obstante el carácter secundario que pudiera  
tener la característica de la personalidad en las so  
ciedades mercantiles, señalamos algunas de las conse-  
cuencias jurídicas de la atribución de personalidad  
que no se aplican a la A. en P.: por virtud de la --  
persona moral se crea un patrimonio autónomo, distin-  
to e independiente del conjunto de patrimonios indi-  
viduales de los socios que la integran; patrimonio -  
que no existe en la A. en P., ya que las aportacio--

nes del asociado pasan a propiedad del asociante ---  
(art. 257 L.G.S.M.).

La persona moral puede ser acreedora o deudora de sus miembros, quienes a su vez pueden ser acreedores y deudores de la sociedad; en la A. en P., el asociado no tiene derechos y obligaciones con algún ente social, sino con el asociante, derechos de crédito o bien obligaciones, según los resultados de las operaciones.

El patrimonio de la persona moral sirve de prenda preferente a los acreedores de la misma, (24) independientemente de los acreedores de los socios; en la A. en P., en cambio, los acreedores del asociante se confunden tanto los que surjan con motivo de este contrato, como los que surjan por actos o hechos jurídicos ajenos al mismo, y únicamente es el patrimonio del asociante el que responde frente a tales acreedores. En un supuesto de quiebra del asociante, concurren todos sus acreedores; el asociado que a la vez sea acreedor del asociante, en cuanto que éste le deba alguna suma por concepto de frutos o utilidades del contrato, sólo figurará en el pasivo de la quiebra, por la diferencia que resulte a su favor después de cubiertas las cantidades que él a su vez estuviere obligado a entregar al asociante como aportación (art. 128, inciso C, L.G.Q.S.P.).

El nombre, nacionalidad y domicilio, son atributos de las personas tanto físicas como morales; en cambio la A. en P. carece de razón o denominación social, que correspondería al nombre de las sociedades, no tiene nacionalidad ni domicilio propios, porque es el asociante quien realiza las operaciones motivo del contrato en su nombre y bajo su responsabilidad individual, como hemos indicado.

Por ello, si la persona jurídica la concebimos como un sujeto de derecho, como la unificación de derechos y deberes, en última instancia, como la fórmula jurídica adecuada para conseguir los fines sociales, resulta claro que para la consecución de los fines de la A. en P., no se requiere de personalidad, porque el asociante es quien realiza todas las operaciones y es el único que se obliga frente a terceros, y en este sentido no tendría razón de ser la atribución de personalidad a la asociación, si no actúa como un ente distinto de las partes y si el asociante no obra en representación de la A. en P., sino como dueño exclusivo de las operaciones.

La A. en P. no constituye un ente colectivo, simplemente un contrato que no extiende su propia eficacia a más allá de las relaciones entre las partes, no da origen a una razón social, ni a un domicilio propio y tampoco a un patrimonio de la misma. (25)



## 5.2. Falta de patrimonio propio

La A. en P. carece de patrimonio propio, como se desprende del art. 257 de la L.G.S.M., que establece que respecto a terceros los bienes aportados pertenecen en propiedad del asociante.

En efecto, dado que nuestra figura carece de -- personalidad y que no es sociedad, es natural que carezca también de patrimonio propio, que es un atributo de las personas físicas y morales; los bienes aportados con ocasión del contrato no pueden transferirse a la A. en P., por la ausencia de personalidad; no se configura un patrimonio o un fondo común, porque, como ya se dijo, el único patrimonio que existe ante -- terceros es el del asociante.

Nuestra Suprema Corte de Justicia ha sostenido al respecto: "Asociaciones en participación, personalidad de sus socios. Como las asociaciones en participación no tienen una personalidad distinta de la de los asociados, los bienes no pasan de la propiedad -- del aportante a la de la asociación" (Tomo LXI, Banco Nacional de México, S.A., p 4437).

Solá Cañizares argumenta que el C.Co. español -- en su art. 239 se limita a decir que "los contratantes contribuirán con la parte de capital que convinieren...", pero que nada dice respecto a la organiza---

ción de tales aportaciones y como la ley no prohíbe el pacto de constituir un fondo común; éste es lícito. (26) Sin embargo, si bien es cierto que no se prohíbe la existencia de éste, ello se deduce de las relaciones meramente contractuales entre asociante y asociado, y de la carencia de personalidad jurídica, permitir la existencia de un patrimonio común iría contra la naturaleza de la A. en P.; y el pacto que lo estableciera no sería válido por cuanto que el asociante no limitaría su responsabilidad hasta el monto de dicho patrimonio, constituido por las aportaciones de las partes, sino respondería con todo su patrimonio; o bien, si además de constituir un patrimonio separado del individual del asociante y asociado, se manifiesta ante terceros la existencia de una sociedad, estaríamos en presencia de una sociedad irregular. (27)

El mismo autor expresa que hay un fondo común formado por los beneficios que aún no se distribuyen, o eventualmente por las pérdidas que se hayan producido; en este sentido, dicho fondo estaría constituido por las utilidades o pérdidas resultando de las operaciones de comercio, que no corresponden, de acuerdo al autor, ni al asociante ni al asociado, sino a ambos y que se distribuye de acuerdo a la forma y métodos de la sociedad.

No hay nada común: es una obligación del asociante frente al asociado en el primer caso; un derecho de éste frente a aquél, en el segundo, porque -- aunque ambos participen de los resultados no significa que estos constituyan el fondo común de la A. en P., puesto que se trata de un negocio del asociante o de las operaciones por él realizadas, de cuyas utilidades o pérdidas debe hacer partícipe el asociado, pero no es de ninguna manera el patrimonio de la A. en P., aun cuando por motivos de hecho el asociante haya separado lo que se refiere a las operaciones en participación del resto de su patrimonio. (28)

En todo caso, aun en las legislaciones que expresamente denominan sociedad a nuestra figura, --- ellas expresan que la A. en P. carece de patrimonio, y determinan la transmisión de los bienes aportados por el asociado al asociante, quien frente a terceros aparece como dueño exclusivo de ellos, (29) o -- bien, establecen que cada uno conserva la propiedad de los mismos (30)

Repetimos, que aún sin entrar en materia respecto a la naturaleza y efectos de la aportación del -- asociado, lo que será tratado en el capítulo tercero, los bienes aportados, respecto a terceros, en principio pertenecen en propiedad al asociante (art. 257 L.G.S.M); de donde se desprende que se excluye -- la creación de un patrimonio autónomo y que para fa-

cilitar la realización de las operaciones de la asociación, el asociante pueda disponer de ellos.

Incluso, existe la posibilidad de que los contratantes estipulen que no se transmite la propiedad de tal aportación; en este caso, el pacto debe constar en el contrato, en el que se establezca que el bien aportado permanece en propiedad del asociado, pero de ninguna manera cabe la probabilidad de crear un patrimonio de la A. en P.

En la legislación francesa, <sup>(31)</sup> en materia de aportación se aplican las reglas de la copropiedad, - el art. 1872 párrafo tercero de dicho Código galo establece que los contratantes pueden convenir en poner los bienes aportados en estado de indivisión, y el párrafo segundo indica que pueden ser puestos a disposición de la "sociedad en participación", los bienes -- que se encontraban ya indivisos entre los participantes; al parecer, ello deriva de que la mayoría de la doctrina francesa rehusa separar de la A. en P. el -- principio de la necesidad de la aportación, requerido para las sociedades mercantiles, porque en Francia la A. en P. es una sociedad; por ello también se considera que la obligación de efectuar la aportación pesa -- tanto sobre los participantes de una A. en P., como -- sobre los miembros de una sociedad. <sup>(32)</sup> Esta solución se funda en el art. 1832 del propio C.Civ. y en

el argumento doctrinal de que la A. en P. persigue la realización de un objeto social; la jurisprudencia -- francesa ha puesto en duda la necesidad de la aportación, sin embargo, ha considerado que una A. en P. -- puede existir sin ella <sup>(33)</sup>, admitiendo al parecer -- que no se trata de una verdadera sociedad. La Ley del 24 de junio de 1921, que introdujo reformas a los --- arts. 47 y siguientes del C.Co. dispuso que las A. en P. son sociedades, y, en tal sentido, en consecuen--- cia, le son aplicables las disposiciones del ya cita--- do art. 1832, respecto a poner en común los bienes -- aportados; a pesar de ello, como esta figura carece - de personalidad jurídica (art. 1871 C.Civ.), carece - también de patrimonio propio (efecto de la personali--- dad), y existe libertad entre los contratantes para - determinar la propiedad de los bienes aportados, de - manera que ellos pueden permanecer como propietarios de sus respectivas aportaciones.

Consecuentemente, si bien puede darse que aso--- ciante y asociado sean copropietarios de los bienes - que aporten, éstos no corresponden al patrimonio de - una sociedad con personalidad, en virtud de que el pa--- trimonio social no es copropiedad de los socios, por--- que no existen derechos de propiedad sobre las partes alícuotas de sus miembros con relación a los bienes - que integran dicho patrimonio, los socios no tienen - la acción pro-indiviso, sino la acción pro-socio; <sup>(34)</sup>

además para la existencia de una sociedad se requiere del elemento característico de la affectio societatis, el cual no existe en la A. en P.

El propio C.Civ. francés, establece en su art. 1872 que los bienes aportados por los contratantes permanecen como propiedad de ellos; de donde resulta que, incluso para Francia, la A. en P. no tiene patrimonio, y que, aun respecto a terceros, los contratantes subsisten como propietarios de los bienes que aportaron a la A. en P., o bien, subsisten como copropietarios si ya lo hubieren sido antes de la aportación; <sup>(35)</sup> a falta de un patrimonio social, el vínculo jurídico existente entre las partes de la A. en P. y los bienes que aportan, subsisten a favor de ellos, a menos que el pacto establezca otra cosa (pero nunca, por supuesto la creación de un patrimonio) <sup>(36)</sup>.

En virtud de que el asociante es el único que se obliga con terceros, y no la A. en P., y que él compromete todo su patrimonio, no podemos hablar ni de patrimonio de esta figura, ni de deudas o créditos de grupo referidos a un patrimonio y un fin de una persona moral. Como expresa Ascarelli, <sup>(37)</sup> "la posibilidad de la constitución de un patrimonio separado y de una persona jurídica está todavía limitada a la hipótesis en la cual, con el contrato, se consti-

tuye una organización externa, y fuera de dicha hipótesis la constitución de un patrimonio separado o de una persona jurídica no tiene sentido".

Por todo ello, no se puede hablar de patrimonio de la A. en P., pues no puede existir el efecto, patrimonio, sin la causa, personalidad; en todo caso, existe un interés común en el resultado de las operaciones. Hemos dicho que la A. en P. no tiene personalidad, de donde, no hay lugar a una razón social o denominación, ni a domicilio. Tampoco tendrían razón de ser las formalidades establecidas para las sociedades mercantiles; y ni siquiera la aplicación de -- las disposiciones de las sociedades irregulares, --- (art. 2, párrafo tercero, L.G.S.M.) porque éstas se basan en su exteriorización ante terceros. De donde se deduce que la técnica jurídica no puede admitir - que el contrato de A. en P. constituye una sociedad mercantil, <sup>(38)</sup> porque aunque se da una cooperación entre los participantes, <sup>(39)</sup> no se crea alguna persona jurídica, ni se constituye un patrimonio de la A. en P.

### 5.3. Carácter oculto de la Asociación en Participación.

La A. en P. es un contrato de carácter oculto, pero esta característica que deriva del hecho de ---

que no se manifieste frente a terceros y de que no se exija su registro (art. 254 L.G.S.M.); no significa - que se trate de una sociedad. En efecto, si bien existe una comunidad de intereses entre asociante y asociado, no existe, en cambio, la affectio societatis; es decir, no hay la intención de las partes de constituirse en socios de una sociedad; y tampoco existe -- una comunidad de bienes, ni aún de manera interna como acontece en la sociedad oculta, que implica, también, la aportación de bienes y servicios para el --- ejercicio en común de una actividad económica; en la A. en P., en cambio, la aportación del asociado, como ya se dijo, pasa al patrimonio del asociante y no --- existe el ejercicio en común de dicha actividad económica.

La peculiaridad de este contrato se fundamenta, principalmente, en que, como otros negocios <sup>(40)</sup> permanece desconocido para terceros, y por razones históricas no se revela al público, pues cabe recordar --- que, sobre todo en la Edad Media, quienes querían gozar del anonimato en operaciones comerciales, pactaban con comerciantes una participación en los resultados de ellas, realizadas por los propios comerciantes.

Nuestra L.G.S.M. establece que la A. en P. no está sujeta a registro (art. 254), que el asociante obra en nombre propio y no habrá relación jurídica entre el



asociado y los terceros (art. 256) y, que respecto a terceros los bienes aportados por dicho asociado pertenecen en propiedad del asociante (art. 257); de todas estas disposiciones se advierte el carácter oculto de la A. en P.; pero para nuestra legislación, nosotros sostenemos, dicha característica no es esencial de la figura, porque puede darse a conocer sin que por ello obligue al asociado frente a terceros -- que contraten con el asociante, y la notoriedad no la convierte en sociedad.

Nos apoyamos, además de las razones expuestas a continuación, en la consideración que hace Vivante -- (41) en el sentido de que sería extraño que un contrato perfectamente legal, como es el de A. en P., debiese concluirse y llevarse a cabo clandestinamente para conservar su propia naturaleza y tan válido es su argumento, que no sólo nuestra L.G.S.M., sino en general las de otros países prevén los supuestos de que pueda manifestarse públicamente el contrato de A. en P.

Así las cosas, por lo que respecta a nuestra legislación, el ya citado art. 257 señala, que para que surtan efectos frente a terceros las transmisiones de propiedad de las aportaciones del asociado al asociante, se requiere cumplir con las formalidades propias de las transmisiones de bienes muebles e in--

muebles y de la calidad de éstos; es decir, deberá - hacerse constar en escritura pública o en documento privado debidamente ratificado y firmado por testigos, (42) y se deberá inscribir en el Registro Público de Comercio la cláusula respectiva del contrato, que establezca la calidad de la transmisión, según se trate de la propiedad, del uso o del usufructo. (43)

En efecto, si suponemos que el artículo 257 de la L.G.S.M. es válido y que tiene razón de ser, en cuanto prescribe que debe inscribirse la cláusula -- del contrato de A. en P., en la que se expresa que no se transmite la propiedad, y que en el acto por virtud del cual se transmite la propiedad, el uso o el goce de los bienes que aportó el asociado debe -- cumplir con las formalidades requeridas para tales actos; habría lugar a determinar en dónde y cómo se procedería a dicha inscripción.

En cuanto a la primera, es decir, a la cláusula del contrato, el Reglamento del Registro Público del Comercio (R.R.P.C.) no prevé que deba inscribirse, - pero como la L.G.S.M. (art. 257) establece que debe procederse a dicha inscripción, creemos que, en todo caso, podría hacerse en el Libro Segundo o en la Parte Segunda del folio mercantil, "por no estar destinada a otro lugar" (Cfr. art. 32, fr. VII del R.R.P.

C.). Y por lo que toca el segundo, el acto y la calidad de la transmisión, se haría conforme lo dispone el Reglamento Público de la Propiedad.

Lo anterior significa que al hacer dicha ins-cripción, se tendrá que manifestar, y con ello exte-riorizar el contrato de A. en P. y la participación del asociado, porque en la cláusula que se inscriba, y en general en los actos inscribibles, debe expre-sarse, la naturaleza del acto o contrato de que se -trate y su objeto, valor, plazos, condiciones, así -como los nombres y apellidos de quienes intervienen en ellos (art. 39 R.R.P.C.),; pero ello no transfor-ma a la A. en P. en sociedad porque no se manifiesta como sociedad ni se actúa en su nombre, sino en nom-bre y por cuenta del asociante. (44)

Nuestro Supremo Tribunal, en diversas ejecuto-rias (45), ha considerado que es característico de -la A. en P. el carácter oculto; sin embargo, única-mente encuentra como basamento de su posición el he-cho de que sólo existen relaciones entre el asociado y el asociante y que el contrato no tiene existencia legal respecto a terceros, aun cuando estos la cono-zan, pues únicamente surte efectos entre las partes.

Pero, el carácter oculto de nuestra figura, no puede circunscribirse a la carencia de efectos fren-te a terceros, sino también, a que no sea conocido -por dichos terceros. Por ello consideramos que el ca

rácter oculto de la A. en P. no es un requisito esencial de ella, en virtud de que, como hemos dicho, puede darse a conocer al público y mantener su naturaleza contractual diversa a la de las sociedades.

Debemos advertir, sin embargo, que si en nuestro derecho la publicidad del contrato no cambia su naturaleza, ni la situación del asociado, para otras legislaciones el carácter oculto de la A. en P. y el desconocimiento del asociado entrañan la responsabilidad de éste, de manera que si da a conocer el contrato con su consentimiento, a terceros, responde de manera solidaria e ilimitada junto con el asociante, se expresan en este sentido las legislaciones de Colombia y Argentina. (46)

Por lo que toca al Código de Comercio español, en ninguna de las disposiciones previstas para la A. en P. (art. 239 y s.), señala como esencial el carácter oculto de la figura, tampoco lo hace el Código Civil italiano (art. 2549 a 2554). Lo anterior muestra que la A. en P. es principal, pero no necesariamente oculta, de manera, que si legislaciones como la nuestra no castigan su publicidad, otras hacen insegura la situación del asociado, porque el asociante que vea venir su quiebra, puede maliciosamente convencer al asociado que acepte dar a conocer la A. en P. en la que él es partícipe, si inducido dicho asociado acepta, responderá junto con aquél no sólo hasta el

valor de su aportación, sino de manera solidaria e -- ilimitada, es decir con todo su patrimonio, e incluso estaría sujeto a quiebra, aunque por supuesto puede - hacer valer que hubo vicios en su consentimiento.

En todo caso, su notoriedad puede ser aprovechada por el asociante, para acrecentar su solvencia y - su crédito en las operaciones que realice con terce-- ros, sin que, para nuestro derecho, cambie la respon- sabilidad del asociado. Esto nos parece acertado por- que de no ocurrir así, la situación del asociado es - insegura, e incluso podría estar expuesto a perder di- cho carácter, (47) como ocurre en Colombia y Argenti- na; sin embargo, ni aún en esos países el carácter -- oculto de la A. en P. la convierte en sociedad irregu- lar u oculta, porque no se constituye como sociedad - (aunque para Argentina sí es una sociedad pero no una sociedad irregular, Cfr. art. 361 de su ley de socie- dades), ni se manifiesta como tal frente a terceros, - simplemente como un contrato inter-partes que carece de personalidad.

Incluso, puede aceptarse que, la publicidad del contrato de A. en P. no está prohibida por la ley, si no que se prevé como garantía para los acreedores del asociado (y también del asociante), porque si no se - inscribiera la calidad de la transmisión de los bie-- nes aportados por el asociado, en los registros públi- cos, sobre todo los bienes muebles, los terceros de -

buena fe podrían, como en cualquier caso, presumir - que son propiedad del asociante; lo que resulta de - importancia en materia de quiebra del asociante, pa - ra poder determinar si dichos bienes pueden separar - se o no de la masa del quebrado (arts. 159 fr. VII y 161 L.G.Q.S.P.).

De manera que si, en principio, no se exige su registro, la ley lo hace necesario, aunque de manera diferente al registro de las sociedades mercantiles, en virtud de que esta inscripción opera como conse - cuencia de la transmisión de bienes o derechos dados en aportación por el asociado para los fines de la A. en P., pero no se establece la inscripción del -- contrato como tal.

Por ello, como hemos indicado, en nuestro dere - cho, el carácter oculto del contrato no entraña la - responsabilidad limitada del asociado; porque aunque se de a conocer, sigue manteniendo dicha responsabi - lidad; quien responde frente a terceros es el aso - - - ciante, y no existe relación alguna entre dichos ter - ceros y el asociado; éste únicamente tiene derechos y obligaciones con el asociante quien realiza las -- operaciones como dueño exclusivo que es de ellas, y sólo participa de dichos resultados al asociado.

La A. en P. puede darse a conocer, sin dejar de ser contrato de A. en P.: mediante la inscripción de

la cláusula del mismo, en que se manifieste la calidad de la transmisión del bien dado en aportación; a través del conocimiento de la existencia del contrato dado a terceros que contratan con el asociante, - con la indicación que dichas operaciones se encuentran en participación con otra persona (asociado). Creemos que, si la empresa del asociante cuenta con una razón social y en ésta se anexa la expresión "A. en P." (48), dejaría de ser ese contrato. También se convertiría en sociedad irregular (art. 2, párrafo -tercero L.G.S.M.) si el asociante expresa actuar a nombre y representación de la asociación, pretendiendo darle una personalidad de que carece.

La utilidad de este contrato, se manifiesta merced a las formalidades que se requieren para su celebración, no se exige su inscripción en los registros públicos, basta que se haga por escrito, e incluso en algunas legislaciones es válido el pacto verbal, (49) pacto que también es válido en nuestro derecho, porque la forma escrita constituye sólo un medio de prueba del contrato (50) (Cfr. el capítulo tercero, en cuanto a la forma del contrato de A. en P.).

En conclusión, se puede decir que la A. en P. - es oculta desde el punto de vista de los acreedores del gestor, pero principalmente, respecto al asocia-

do cuyo propósito es no intervenir en las relaciones económicas con terceros, limitando su responsabilidad sólo al monto de su aportación; ahora bien, la A. en P. puede manifestarse públicamente y dicha exteriorización no la convierte en sociedad. Es un contrato -- oculto, porque la L.G.S.M. así lo permite y no está -- sujeto a registro, utilizado en la práctica porque no requiere muchas formalidades para su celebración, e -- inclusive aparece como idóneo para quienes no sólo -- pretenden permanecer ajenos al comercio obteniendo -- ventajas en operaciones comerciales de otro, sino tam -- bién para quienes no pueden realizar determinadas ope -- raciones, y para quienes pretenden obtener ingresos -- evadiendo sus obligaciones fiscales (Cfr. arts. 1° y 8 de la L.I.S.R.).

#### 5.4. Carácter asociativo

En este apartado, consideramos necesario par -- tir del vocablo mismo de "asociación", para precisar -- si nuestro contrato constituye, o no, una asociación, y si el caso lo fuera de qué tipo.

El Diccionario de la Lengua Española establece: "Asociación, acción de asociar o asociarse; asociar; del latín associare de ad, -a, y socius, compañero; -- dar a uno por compañero persona que le ayude en el de -- sempeño de algún encargo, comisión o trabajo. 2. Jun -- tar una cosa con otra, de suerte que se hermanen o --



concurran a un mismo fin. 3. Tomar un compañero que le ayude. 4. Juntarse, reunirse para algún fin".

Recurrimos a esta fuente, porque nuestra L.G.S.M. no establece definición alguna de asociación; y tomando en consideración lo anterior se podría decir -- que, la asociación es una convención o un convenio -- por el cual dos o más personas, ponen en común sus conocimientos, sus bienes o su actividad con cualquier objeto. (51)

En nuestra L.G.S.M. no se establece definición alguna de asociaciones mercantiles, por lo que se requiere recurrir al derecho común, que establece en su art. 2670 que se constituye una asociación cuando varios individuos convienen en reunirse de manera que no sea enteramente transitoria, para realizar un fin común que no esté prohibido por la ley y notenga carácter preponderantemente económico; se trata de asociaciones civiles, ya que si el fin es de carácter preponderantemente económico pero no especulativo y no adopta alguno de los tipos de sociedades que establece nuestra L.G.S.M. (pues se trataría de una sociedad mercantil independientemente de su finalidad lucrativa o no) estaremos en presencia de una sociedad civil.

En efecto, en la A. en P., la reunión a la que alude nuestra ley de sociedades puede ser transitoria, es decir, para una sola operación de comercio, -

o más o menos permanente si se trata de la participación de los resultados de una negociación mercantil, y ambas tienen carácter preponderantemente económico y especulativo, sin que por ello sean sociedades civiles o mercantiles.

De ahí que la definición del art. 2670 citado, solo se refiera a las asociaciones civiles, porque en cuanto a las mercantiles y en especial la A. en P. no encuadrarían perfectamente en aquella definición, habida cuenta de que en aquella sólo se contempla la relación permanente mientras que por virtud de la A. en P. puede existir una relación permanente y también una transitoria.

Que sea el propósito preponderantemente económico, o no, determinará que se trate, en el primer caso, de una sociedad civil si dicho propósito no es especulativo y comercial si lo fuere; y en el segundo de una asociación civil; en efecto, el art. 2688 del propio C.Civ. define al contrato de sociedad civil como la reunión de dos o más personas para combinar sus recursos o sus esfuerzos para la realización de un fin común, de carácter preponderantemente económico; y agrega que éste no constituya una especulación comercial, lo que provocaría que la sociedad fuera mercantil.

Luego, si el fin constituye una especulación co

mercantil estaremos en presencia de una sociedad mercantil; pero, además, si una sociedad cualquiera, civil o de otra naturaleza, adopta alguno de los seis tipos de sociedades enumerados en el art. 1 de la L.G.S.M., de conformidad con la misma se estaría en presencia de una sociedad mercantil, independientemente de su finalidad. (52)

Lo que sucede es, que con la expresión "asociación en participación", se hace referencia a una figura diversa a la establecida en el derecho común, puesto que, repetimos, la asociación del derecho civil no puede tener propósito preponderantemente económico ni especulativo.

En este orden de ideas, podemos decir, que la asociación mercantil existe, y particularmente la A. en P., en cuanto que la L.G.S.M. la regula, aunque, por supuesto, no es la única, ya que las hay atípicas e innominadas como podría hacer aquella que se establece entre el principal y el factor (art. 318 C.Co.). (53)

Pero las asociaciones mercantiles distan en mucho de las civiles, entendidas como lo establece el derecho común, por lo que en principio podría decirse que la A. en P. de asociación únicamente tiene su nombre porque dista tanto del concepto como de su funcionamiento.

Sin embargo, aun cuando, al parecer, no cabría en la definición de asociación en nuestro derecho común, la de la A. en P., para la realización de una o varias operaciones mercantiles, en virtud de su transitoriedad, ello no es óbice para considerarla como una asociación, porque no solo desde un punto de vista terminológico, sino también en virtud de la finalidad que se persigue por el contrato (común para las partes), existe una asociación de personas en busca de una finalidad común.

En sentido amplio, hay asociación siempre que varias personas aparecen jurídicamente unidas para un fin común; (54) dentro de este concepto, quedan comprendidas figuras jurídicas como los sindicatos de accionistas, consorcios de empresarios, sociedades mutualistas, sociedades civiles y mercantiles y las asociaciones en sentido estricto; todas ellas constituyen uniones de personas para un fin común, pero a medida que surge la regulación de cada una de ellas y sus características propias, unas y otras van diferenciándose hasta presentarse como instituciones independientes.

La asociación, tal y como ha sido recogida por nuestro derecho común, aparece como una institución cuyo contenido es más reducido y unitario, se trata de la reunión de dos o más personas con carácter per-

manente para la consecución de un fin no lucrativo ni preponderantemente económico (art. 2670 C.Civ.).

En efecto, la asociación es una institución que nuestro derecho común desconoció, únicamente estaba prevista en nuestra ley penal para sancionar la participación de varias personas en un acto ilícito, es decir, a las asociaciones delictuosas, <sup>(55)</sup> y no fue, sino a partir de nuestro C.Civ. de 1928, en que se regula al contrato de asociación, que anteriormente sólo podía existir mediante convenios privados que las partes celebraban con fundamento en la libertad de asociación prevista en nuestra Carta Magna de 1917 en su art. 9, y en la libertad de contratación de conformidad con las disposiciones del anterior C. Civ. de 1884 (art. 1276, 1310 y 1419).

En vista de que muchos fines no podrían realizarse o conseguirse con eficacia y prontitud, sin necesidad de recurrir a trámites jurídicos a la constitución de una sociedad mercantil, con los formalismos y los trámites jurídicos que ellas requieren, y en parte, para evitar caer en la irregularidad de las sociedades; alejándose de una finalidad que es la propia de las asociaciones civiles, el derecho, que no puede permanecer a la zaga del desarrollo económico y del tráfico mercantil, recogió y

estableció el régimen jurídico de la A. en P. cuyo fin, no es sólo preponderantemente económico, sino también especulativo.

Se trata de un contrato asociativo diverso al de asociación civil y al de sociedad civil. El concepto del art. 2670 del C.Civ. es demasiado estrecho y excluye la posibilidad de recurrir a él para definir a la A. en P. porque por dicha disposición no puede existir una asociación de carácter transitorio ni con propósito especulativo; y por lo que toca al concepto del art. 2680 del propio C. Civ., respecto a sociedades civiles, aun cuando su definición es más amplia todavía es estrecha por cuanto hace a la clasificación de las sociedades, y si en principio parece superflua la disposición del art. 253 de la ley de sociedades que expresa que carece de patrimonio y personalidad jurídica propios, no es tal, ya que si no existiere dicha disposición, por virtud de la supletoriedad de las normas del derecho común, podría válidamente considerarse persona moral, ya que el art. 25 del C.Civ. en su fracción VI prescribe que son personas morales las asociaciones distintas de las enumeradas en las fracciones I a V que se propongan cualquier fin lícito, siempre que no fueren desconocidas por la ley; la ley mercantil establece que carece de personalidad y por ende no es persona

moral (art. 253).

Bajo este orden de ideas, es válido considerar a la A. en P. solamente como una forma asociativa de primer grado, que aunque persigue una finalidad parecida a la sociedad no reúne los elementos de ésta -- que son los mínimos indispensables, (art. 253 L.G.S.M), pues procura el concurso de la actividad de uno y el capital de otro, para la realización de un negocio u operación mercantiles (art. 252 L.G.S.M).

Este carácter asociativo de la A. en P., es reconocido por algunos autores, (56) pero advierten -- que a pesar de él, la falta de autonomía patrimonial y sobre todo de personalidad jurídica motiva que la figura se regule en el capítulo dedicado a los contratos especiales, porque no extiende sus efectos -- más allá de una simple relación contractual entre -- asociante y asociado; posición a la que nos adherimos porque, la A. en P., es un contrato diverso al de sociedad, en cuanto que éste es un contrato de organización, y, si bien, ambos son asociativos, la A. en P. sólo lo es porque existe un interés común y -- porque los bienes del asociado ingresan al patrimonio del asociante, de aquí que nuestra figura sea -- precisamente un contrato de colaboración económica, pero no una sociedad en virtud de que existen diferencias tan importantes como la carencia de afectio societatis, de personalidad, de patrimonio y de nom-

bre o razón social (Cfr. S.J.F., T. XLVIII 5a. época, P. T. CXXIV, 5a Epoca, p. 1282).

Por ello, la A. en P., no es una sociedad, presupone solamente la gestión exterior personal, no social, de negocios singulares o de un negocio comercial, con una responsabilidad exclusivamente personal del asociante, con una voluntad personal de él, cuyos resultados determinan los derechos de crédito de los partícipes.

Admitir que la A. en P. es un contrato asociativo, es válido en cuanto que la finalidad inmediata, - el interés de las partes, es común, porque ambas quieren la gestión de ciertas operaciones de comercio y - además, sus resultados, para hacerse partícipes de -- ellos.

Es también una asociación mercantil, por cuanto que hay reunión de recursos para la realización de -- operaciones de comercio; pero esta reunión es diversa de la que se da en las sociedades mercantiles, porque mientras en éstas, la reunión se destina a la crea-- ción de un patrimonio separado del de las partes, en la A. en P., los bienes del asociado ingresan al patrimonio del asociante, para colaborar y hacer frente a las obligaciones contraídas por él a su nombre, en las operaciones realizadas con ocasión del contrato.

De lo anterior, podemos definir a la A. en P.,



como un contrato de colaboración económica, de carácter bilateral, en virtud del cual una persona llamada asociado colabora con otra llamada asociante mediante la aportación de bienes o servicios, para la realización de una o más operaciones de comercio, con el fin de participar en sus resultados, pero no en la gestión, la cual es realizada exclusivamente por el asociante a su nombre aunque por cuenta de ambas partes.

La diferencia de la A. en P. con la sociedad civil consiste en que a diferencia de la asociación, la finalidad de esta sociedad es de carácter preponderantemente económico; de las sociedades comerciales se diferencia, a su vez, en que, según se desprende del art. 2688 del C. Civ., ellas tienen, además de un fin preponderantemente económico, especulativo; además -- las sociedades civiles y mercantiles, cuentan con patrimonio, personalidad, domicilio y razón o denominación social; y constituyen un contrato de organización, mientras que la A. en P. es sólo de colaboración económica (Cfr. nuestro capítulo cuarto).

#### 5.5. Carácter bilateral

En el apartado anterior consideramos a la A. en P. como un contrato de carácter asociativo, en el presente, intentamos sostener que la A. en P. es un contrato bilateral y no plurilateral o de organización.

Dentro de las clasificaciones que se han elaborado de los contratos, se encuentra aquella que distingue entre bilateral y plurilateral, <sup>(57)</sup> clasificación que atiende al número y posición formal de las partes en relación a sí mismas.

Existen contratos en los que sólo puede haber dos partes, y otros, en los que pueden existir más de dos; en los primeros, llamados bilaterales las partes se encuentran una frente a la otra y sus prestaciones se encuentran en una relación jurídica de equivalencia: do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias; mientras que en los segundos (plurilaterales), cada parte no tiene una contraparte, sino una serie de ellas, <sup>(58)</sup> con quienes les une un interés común (gestión colectiva para la consecución de un fin común); dentro de estos se encuentran las sociedades civiles y las mercantiles y las asociaciones civiles, que constituyen formas corporativas para la colaboración entre partes. <sup>(59)</sup>

Los contratos plurilaterales se diferencian de los bilaterales, llamados de cambio o de permuta, -- por la existencia de más de dos partes y por la presencia de un interés común, <sup>(60)</sup> en cambio, los contratos bilaterales se caracterizan porque sólo existen dos partes, las cuales actúan animadas por intereses contrapuestos y sus prestaciones son cruzadas entre sí. <sup>(61)</sup>

Tomando en cuenta las consideraciones anteriores, parecería que la A. en P., tendría que ser un contrato plurilateral o de organización, en virtud de que existe un fin común entre las partes, sin embargo, el que exista un fin común entre asociante y asociado no repugna que sea bilateral; se trata de un contrato bilateral porque sólo existen dos partes, lo que no impide que cada una de ellas esté integrada por varias personas con un interés común, pero sólo existen el asociado, por una parte, y el asociante, por la otra, no existe la gestión colectiva para la realización de dicho fin común.

Además, tampoco es exacto que en los contratos plurilaterales no existan intereses encontrados o antagonicos, sobre todo si tomamos en consideración -- que en el momento de la constitución de una sociedad (contrato plurilateral) los socios quieren las máximas ventajas y los mínimos sacrificios. (62)

Se ha considerado también (63) que la A. en P. no es un contrato de cambio, porque en éste la prestación de cada una de las partes se realiza en beneficio de la otra, mientras que en el contrato de A. en P., las prestaciones recíprocas se efectúan en beneficio común; es decir, que las prestaciones del -- asociado benefician a éste, porque el asociante debe cumplir la actividad o negocio en vista del cual se

celebró el contrato, y además hace partícipe de las utilidades al asociado. (64)

No obstante, aun cuando la A. en P., es un contrato asociativo, no puede ser plurilateral, abierto o de organización, porque no existe dicha organización para la realización del fin para el que celebra la A. en P., y porque nuestra L.G.S.M. (art. 252, y en el mismo sentido el C.Civ. italiano en su art. 2549) pone a la aportación del asociado como la atribución correspondiente de su participación en las utilidades y pérdidas de las operaciones del asociante, excluyendo, de esta manera, a la A. en P. de los contratos plurilaterales en los que las prestaciones de las partes van dirigidas no solo a la consecución de un fin común, (como ocurre también en la A. en P.), sino también a la formación de un patrimonio diverso al particular de cada contratante (socio) y a su organización para la realización del fin propuesto, patrimonio y organización que no se dan en la A. en P.

El contrato es bilateral, establece nuestro C. Civ. en su art. 1836, cuando las partes se obligan recíprocamente; y tratándose de la A. en P., una parte llamada asociante se obliga a participar de las utilidades y pérdidas de una o más de sus operaciones de comercio, a otra llamada asociado, quien a su vez se obliga a entregar una aportación, bienes o servicios, (art. 252 L.G.S.M); existen obligaciones recíprocas -

entre las partes en virtud de que se obligan a cambio de una prestación. (65)

No dudamos que bajo el aspecto económico, por la A. en P. se realice un fenómeno de cooperación en vista de un resultado que económicamente es común, la entrega de la aportación y la participación en los resultados de las operaciones es la mejor constancia; pero jurídicamente, dicha cooperación asume en la A. en P., una estructura diversa, que dista más de la -- que se realiza en los contratos plurilaterales, que -- en aquellos bilaterales; pero ello, consideramos que la A. en P. es bilateral, aun cuando los asociados -- sean varios.

Podría dudarse de la bilateralidad de la A. en P., en virtud de la existencia de varios asociados; -- nuestra L.G.S.M. (art. 252), prescribe que "por el -- contrato de asociación en participación una persona -- concede a otras que le aportan bienes o servicios una participación en las utilidades y en las pérdidas.."; lo que haría suponer que necesariamente fueran dos o más los asociados, y que, por tanto dejaré de ser bilateral.

Pero, el que sea uno solo el asociado no contradice la naturaleza asociativa del contrato, y la práctica así lo entiende, sin que por ello se haya declarado que no existe A. en P., pues claramente ha mani-

festado en tesis jurisprudencial nuestra Suprema Corte de Justicia <sup>(66)</sup> que, la A. en P. "es un contrato celebrado entre dos o más individuos, o entidades -- por tiempo determinado o indeterminado, para llevar a cabo uno o varios negocios a nombre propio del socio gerente..."

Independientemente de lo discutible que pueda ser la terminología que utiliza nuestro Supremo Tribunal ("socio gerente"), el que diga "dos o más individuos o entidades" haría suponer que se trata de un contrato plurilateral, pero esta expresión supone -- que una parte la constituye el asociante y la otra -- él, o los asociados <sup>(67)</sup>, de donde se desprende que, no obstante la existencia de uno o varios asociados, personas físicas o morales, existe A. en P. y además es un contrato bilateral.

Messineo <sup>(68)</sup> distingue la hipótesis en la cual la pluralidad de asociados es inicial y aquella en la cual sobrevenga; respecto a ésta, habla de negocio plurilateral, admitiendo que surjan relaciones -- también entre los asociados, Giuseppe Ferri <sup>(69)</sup> indica que no hay razón de distinguir entre las dos hipótesis, pues la exigencia del consentimiento del -- asociado en caso de nuevas asociaciones encuentra su justificación en que se conserve aquel interés dado al negocio o a la empresa.

Para la admisión de nuevos asociados se requiere, por aplicación del art. 31 de la L.G.S.M., del consentimiento del asociado <sup>(70)</sup>, es decir que la facultad del asociante de atribuir nuevas participaciones a la misma empresa u operación mercantiles, se subordina al acuerdo del asociado, y aún en esta hipótesis el contrato existe entre el asociante por un lado y los diversos asociados por el otro; sólo en relación con el asociante los asociados adquieren derechos y asumen obligaciones, <sup>(71)</sup> es decir, mientras en las sociedades el ingreso de un socio implica una nueva parte, en la A. en P., en cambio, el ingreso de otro asociado se suma a la parte que integra el primer asociado.

Por ello, la estructura del contrato plurilateral no puede ser idéntica a la de la A. en P.; aquél va encaminado a crear un ente jurídico autónomo, común a los participantes y a la realización de un fin atribuible a éstos, como es el caso de las sociedades, incluso de las ocultas, que si bien no se manifiestan como tales frente a terceros y carecen de personalidad jurídica, tienen una organización interna <sup>(72)</sup> en cambio, en la A. en P., el contrato va dirigido únicamente a la realización de las operaciones y a la participación en el alea de ellas.

La cooperación económica de la A. en P. no se manifiesta, y tampoco actúa con la creación de un

fondo común, sino mediante la obligación de aportación del asociado al asociante y mediante la obligación de éste de restituir lo aportado al término del contrato, y a que ambas participen en las utilidades y en las pérdidas.

De ahí que se considere a nuestra figura un contrato de colaboración económica; <sup>(73)</sup> pero cabe señalar que en virtud de esta colaboración, y habida cuenta del interés común que existe entre las partes, si bien se dan intereses encontrados, antagónicos entre ambas, como ocurre también en las sociedades en el momento de la celebración del contrato social, <sup>(74)</sup> también aparecen prestaciones paralelas cuya finalidad consiste precisamente en la consecución de un fin que es el mismo para ambas, y esto no es obstáculo para considerarla bilateral.

En efecto, en las sociedades se presentan dos momentos diferentes: la celebración del contrato social y su organización (de aquí el nombre de contrato de organización señalado por Garrigues o de colaboración por Ascarelli); es decir que en las sociedades se dan dos faces que son la constitutiva y la de funcionamiento <sup>(75)</sup> en ésta última los socios presentan interés común en lograr y cumplir el fin para el que la sociedad fue creada. <sup>(76)</sup>

En cambio, en la A. en P. aparece únicamente la



celebración del contrato mismo, pero no el ejercicio en común de una actividad económica, ni la organización para tal ejercicio; y si el art. 252 de nuestra citada ley establece que se trata de un contrato en el que una de las partes concede a otra una participación, parecería superflua la disposición de la norma del 253 que prescribe que la A. en P. carece de personalidad jurídica, de razón y denominación social; pero la explicación de esta norma es histórica, ya que nuestro primer ordenamiento mercantil (C.Co. de 1854) otorgaba carácter de sociedad, dispensándola de las formalidades requeridas para las sociedades mercantiles.

#### 6. Estructura del contrato.

Desde el punto de vista legal y de su funcionamiento, la A. en P., es un contrato asociativo, de colaboración económica porque existe en ella la reunión de recursos, e inclusive de esfuerzos, aunque no podría darse el caso de una A. en P. en la que sólo existieren aportaciones de industria, porque se requeriría de capital para realizar determinadas operaciones de comercio. Existe también un interés común entre las partes, la explotación de una negociación mercantil. El objeto de la agrupación consiste, precisamente, en la realización de una o varias operaciones de comercio o en la explotación de una negociación --

mercantil y la colaboración en sus resultados.

En la medida en que existe un interés común puede decirse que hay asociación, aunque de manera diferente a la concepción amplia de asociación, ya que, según expusimos la A. en P. se distingue de otros -- contratos asociativos en que las partes que persi--- guen una finalidad común, no participan en quehacer alguno, ya que el asociante es quien realiza a su -- nombre propio las operaciones, si bien reúne los bie nes del asociado con los suyos y hace partícipe a és te de los resultados de sus operaciones.

Por todo lo anterior, y desde nuestro modesto -- punto de vista, consideramos que la A. en P. es un -- contrato asociativo, bilateral y de colaboración, pe ro no de organización, y no admitimos que sea una -- sociedad ni un contrato sui generis; lo primero, por las razones expuestas anteriormente; y lo segundo, -- porque habría tantos contratos sui generis como nego cios jurídicos existen.

Debemos concluir que, a pesar de que el espíri tu de justicia del legislador pretendió hacer eco en la A. en P., lejos de lograr su propósito, complicó su naturaleza contractual y dejó la posibilidad de -- incurrir en una serie de incongruencias e injusti--- cias plenamente institucionalizadas.

En efecto, bástenos citar por lo pronto que, no

obstante el carácter oculto de la A. en P. (art. 254), el art. 257 prevé y hasta hace necesaria su publicidad, y además, el art. 258 del ordenamiento mismo de sociedades prescribe que salvo pacto en contrario para la distribución de utilidades y pérdidas se observarán las disposiciones del art. 16 de la misma ley, y que las pérdidas de los asociados no podrán ser superiores al valor de su aportación.

Sin tratar de ser demasiado teóricos, nos referimos al supuesto en el que el asociado aporte un establecimiento para operar una farmacia y además las medicinas para su funcionamiento, y el asociante únicamente su trabajo; de conformidad con la fracción III del citado art. 16 el asociante que aportó su industria no reporta pérdidas y todas correrían bajo la responsabilidad del asociado, quién aportó capital.

Suponiendo que los terceros, que contrataron con el asociante conocían la relación de A. en P. y además que dichos bienes no se transmitieron al asociante, y en virtud de que no hay relación jurídica entre aquellos y el asociado (art. 256), pues el asociante obra en nombre propio, cabría preguntar -- ¿Quién responde de las obligaciones frente a terceros?.

Para demostrar la inaplicabilidad del citado --

art. 16 podemos decir que, si bien el asociante de -- nuestro ejemplo parece no reportar pérdidas, ya que -- su aportación fue en industria, frente a terceros, -- responde de ellas en virtud de que obra bajo su nom-- bre y responsabilidad personales, y aunque los bienes aportados por el asociado no entran en su patrimonio, ni aún para los terceros, ya que estos conocían dicha situación, sí responde con su patrimonio propio de la misma manera que lo hace por cualquier hecho o acto -- jurídicos, sin perjuicio de repetir contra el asocia-- co.

Sin embargo, si el asociante es insolvente, y, supuesto que no hay relación entre el asociado y los terceros, éstos se verían seriamente afectados.

Respecto a la distribución de las pérdidas, el art. 16 de la L.G.S.M. es inaplicable, ya que el asociado no puede responder por un monto mayor del valor de su aportación. En el ejemplo anterior no coinciden las responsabilidades, entre las partes, en virtud de que el asociado aportó capital, y responderá hasta el valor de dicho capital aportado; en cambio, el aso--- ciente, por actuar en nombre propio, responderá frente a terceros con todo su patrimonio, incluyendo el -- capital del asociado, y a pesar del art. 16 reporta -- pérdidas, ya que si éstas son superiores al valor de las aportaciones del asociado éste no responderá de --

ellas. En caso de que hubiere utilidades, el asociante adquiere la mitad de ellas (art. 16 fr. II) y el asociado la otra.

El régimen jurídico mixto que se establece para la A. en P., pudiera responder a que el asociante y asociado convienen en correr el alea de una operación o negocio mercantiles, participando el asociado con su aportación y el asociante realizando las actividades necesarias para tales operaciones.

Ambos presentan un interés común, relativamente semejante al que se presenta en las sociedades, pero, como señalamos anteriormente, con características diversas, así lo interpretan las diversas doctrinas y legislaciones, por ello, quienes manifiestan que se trata de una sociedad le niegan personalidad jurídica, patrimonio propio, razón y denominación social, y quienes indican que se trata de un contrato le consideran aplicables algunas de las disposiciones de las sociedades.

La A. en P. es un contrato mercantil, tan peculiar como lo son otros negocios; es de carácter asociativo, porque el asociado aporta sus bienes o su trabajo al asociante, para participar en un interés común a ambos, como es la obtención de utilidades; y participa también en las pérdidas eventuales, de ahí que también sea un contrato de colaboración económica.

ca; es un contrato bilateral y no plurilateral o de organización porque son dos las partes que lo celebran (asociante y asociado) y sólo existen relaciones entre ellas; sin que dichas relaciones jurídicas obliguen al asociado con los terceros con quienes contrata el asociante, pues de obligarlo pugnaría con la naturaleza de la A. en P. (Cfr. la tesis 102 de la Suprema Corte de Justicia, citada anteriormente).

La A. en P. es un contrato por el que no se crea ningún ente o persona moral, y por ello carece de patrimonio, de razón o denominación social, y de domicilio (cfr. ejecutoria en este sentido, en el Informe al S.F.J., Sexta Epoca, Cuarta Parte, Vol. III, P. 71, Gustavo Rocha). Es un contrato oneroso, por cuanto que existen provechos y gravámenes para ambos contratantes (art. 1837 C.Civ.), aleatorio en cuanto a resultados, porque éstos dependen de las operaciones realizadas por el asociante, las que impiden que se conozca si habrán pérdidas o ganancias.

La A. en P., es un contrato consensual (en oposición a real), porque se perfecciona por el consentimiento de las partes.

## NOTAS AL CAPITULO II

- (1) Así nuestra L.G.S.M. denomina a nuestra figura - asociación, establece que es un contrato -- (art. 252) y prescribe que la A. en P., funciona, se disuelve y liquida, a falta de estipulaciones, conforme a las reglas establecidas para las sociedades en nombre colectivo (art. 259)
- (2) Cfr. en este sentido a SÓLA CAÑIZARES; op. cit., p. 4 5.
- (3) Según se desprende de la Exposición de Motivos - de la misma Ley de Sociedades argentinas, - publicada en el B.O. el 25 de abril de 1972
- (4) Universalidad de derecho entendida como el conjunto de bienes, derechos y obligaciones que - tienen como finalidad la de desinteresar a acreedores y la posibilidad de ser intercambiables unos con otros. Cfr. ZAMORA Y VALENCIA; "De los Contratos Civiles", Porrúa, México 1981, p. 29 y s.
- (5) Cfr. la Exposición de Motivos de la L.G.S.M., publicada con la propia ley en el D.O. el 4 - de agosto de 1934.
- (6) BARRERA GRAF, Jorge; "Las Sociedades en Derecho Mexicano", UNAM, México 1983, p. 136 y 173.
- (7) Es esta la posición de Delangle; op. cit., p. 7 y s.
- (8) Cfr. BARRERA GRAF, Jorge; Vid. nota supra.
- (9) Nuestra Suprema Corte de Justicia, en repetidas ocasiones sobreescribió los juicios de amparo - que se interpusieron en nombre de la A. en

P., por carecer ésta de personalidad. Así - en el amparo civil en revisión interpuesto por uno de los asociados (Lan) en nombre de "La Tampico Junk Company", la Tercera Sala resolvió por unanimidad de cinco votos, el 4 de septiembre de 1929 (bajo la vigencia - del C.Co. actual, vigente en materia de sociedades en ese año) que: "...El que se dice socio capitalista, como dueño del negocio debería haber pedido el amparo que sol cita, a nombre propio y no como representante de una asociación cuya personalidad mo - ral no existe conforme a la ley, por lo --- cual habiéndose reclamado a nombre de la re petida asociación, el amparo es improcedente y debe confirmarse el sobreseimiento recurrido...".

En este juicio "La Tampico Junk Company" re clamaba el embargo de 50 toneladas de tubería, que decía, eran de su propiedad; Lan, como representante de esa A. en P. había in ter puesto dicho amparo; si bien se le ne gó en virtud de que la A. en P. carece de - personalidad, creemos que pudo haberse considerado a esa negociación como una socie-- dad en nombre colectivo irregular; sin em-- bargo, nuestro Supremo Tribunal expresó en el mismo caso que no se podía considerar -- una sociedad de este tipo porque "le falta-- ría mayor número de los requisitos legales necesarios para ser tenida como tal, esto - es, un fondo común, razón social, escritura pública, etc"; en realidad sólo analizó el as - pecto regular de dicha sociedad.

(Informe al S.J.F., Quinta Epoca, Cuarta -- Parte, Tercera Sala, p. 106 y s.). También ap - aparecen otros antecedentes importantes al respecto; cfr. Informe al S.J.F., Quinta -- Epoca, Cuarta Parte, Tercera Sala, Tomos: - XXXVIII, p. 1140 y s; LV, p. 2705, LIX, p. 591 y S. y LXII, p. 2635 y s. En todos ----



ellos se establece que la A. en P. carece - de personalidad y que los juicios de amparo que se interpusieron en su nombre y representación debían ser y eran sobreseídos.

- (10) Cfr. VIVANTE, César; "Derecho Mercantil", p. 579
- (11) Cfr. art. 25 de nuestro C. Civ. que determina ex presante qué sujetos tienen personalidad ju rídica; también cfr. los arts. 1871 del C. Civ. Francés; 361 de la Ley de Sociedades - argentinas; 509 del C.Co. colombiano; etc.
- (12) Cfr. SOLA CAÑIZARES, op. cit. p. 14.
- (13) BARRERA GRAF, Jorge; op. cit., p. 103 y s., y Rojina Villegas; "Derecho Civil, T.I., "Con--tratos", Jus, S.A. México s/f, p. 391.
- (14) Cfr. MUGUILLO, Roberto Alfredo; op.cit., p. 77.
- (15) DE GREGORIO, Alfredo; "Sociedades y Asociaciones Comerciales", en la obra Bolafio-Rocco-Vivante; "Derecho Comercial", T. 7, Vol. 2, - Ediar, S.A., Buenos Aires, Argentina 1950, p. 441 y s. En el mismo sentido cfr. los co mentarios a la jurisprudencia italiana; "Cas sazione 28 marzo 1952, No. 851, en "II Diri tto Fallimentare e delle Società", Vol. =- XXVII, Parte Seconda, Milano, Italia 1952,- p. 138 y s.
- (16) Cfr. GIOVANNI GRANDI; op.cit., p.68.
- (17) Cfr. MANTILLA MOLINA, Roberto; op.cit., p. 176 y 185.
- (18) Cfr. SOLA CAÑIZARES; op. cit., p. 14
- (19) Cfr. URÍA, Rodrigo; "Derecho Mercantil", Madrid, 1958, p. 93.

- (20) Ibid. p. 533 y 354
- (21) BRANCA, Giuseppe; "Instituciones de Derecho Privado", Traducción de la sexta edición italiana por Pablo Macedo, Porrúa, México 1978, p. 553.
- (22) Incluso reconocemos que hoy en día, y en nuestro derecho, las hay que carecen de personalidad como las conyugales, aunque por supuesto no analizamos si éstas son o no verdaderas sociedades.
- (23) Cfr. MESSINEO, Francesco; "Manual de Derecho Civil y Comercial", T. V., Buenos Aires, Argentina, 1955, p. 4.
- (24) Cfr. ROJINA VILLEGAS; op. cit., p. 391 y s; y en la doctrina extranjera véase RIPERT; --- "Tratado Elemental de Derecho Comercial" T. 2, Tr. SOLA CAÑIZARES, Buenos Aires, Argentina 1954, p. 149.; aunque para dicho autor es válido, al igual que para la legislación francesa, porque además de regularse a la A. en P. como una sociedad, se considera mercantil si su finalidad es lucrativa.
- (25) Cfr. en este sentido a RODRIGUEZ VALCARSE, Francisco, "Cuentas en Participación. Su Prueba", en "Revista de Derecho Procesal" publicación iberoamericana y filipina, No. 3, Madrid, España 1958, p. 36; quien nos expresa que en la A. en P. no hay alguna sociedad, ni siquiera asociación porque ésta ostenta personalidad, y que los múltiples fines de dichas asociaciones (científicos, artísticos o morales) distan mucho de los económicos; y agrega que, en el fondo se trata de una cooperación inteligente dirigida a la producción de utilidades con posible riesgo de pérdidas en la que, uno de los agentes -

permanece oculto en las relaciones con terceros y el otro lleva en nombre propio la operación.

(26) SOLA CAÑIZARES; op.cit., p. 112.

(27) Una de las consecuencias de la personalidad jurídica es el patrimonio, pero si las partes en el contrato de A. en P. constituyen un patrimonio autónomo a los individuales de ellos, no se puede considerar que se esté configurando una sociedad, que por no contar con los requisitos establecidos por la ley para las sociedades comerciales, sea irregular, pues para ser ésta se requiere además que se de a conocer a terceros como sociedad (art. 2º, párrafo tercero de la L. G.S.M.) Cfr. en la doctrina a Navarrini Umberto; op.cit. p. 217, y Mezzera Alvarez; op. cit., p. 188.

(28) Cfr. VIVANTE, César; op.cit., p. 586.

(29) En la Ley de Sociedades argentina, se habla de fondos sociales, los que al parecer no quedarían en propiedad de los contratantes, sino que constituirían un capital social, como lo sugiere Solá Cañizares; op.cit., p. 64; pero es claro que únicamente para efectos internos, porque se habla de aportaciones comunes, también se establece que sean a nombre personal del asociante (art.361) - El C.Civ. galo (art. 1877) establece como principio que cada contratante conserve la propiedad de sus aportaciones.

(30) Para nuestra L.G.S.M. los bienes aportados por el asociado pertenecen en propiedad al asociante (art. 257), pero como veremos en el Capítulo III, apartado 3, existen varias ex

cepciones a dicha propiedad.

- (31) Cfr. los arts. 1871 y 1872 del C.Civ. francés.
- (32) BEZARD, Pierre; "Sociétés Civiles. Contrat de Sociétés, Dispositions applicables aux Sociétés Commerciales, Sociétés en Participation, Registro du Commerce et des Sociétés", París, Francia 1979, p. 520.
- (33) BEZARD, Ibid.
- (34) Ibid.; así, también para nuestro derecho, ROJINA VILLEGAS; "Derecho Civil Mexicano", T. 6, - "Contratos", Vol. 2, Porrúa México 1981, p. 135 y 136.
- (35) BEZARD, Pierre; op.cit., p. 523.
- (36), Philippe y Edith Clavalier-Merle; "L'Application Jurisprudentielle de la Loi du 24 Juillet 1966 sur les Sociétés Commerciales", -- París, Francia 1976, p. 435 y s.
- (37) ASCARELLI, Tullio; "I Contratti Plurilaterali", en "Studi in tema di Contratti", Milano, -- Italia 1952, p. 138 y s.
- (38) Cfr. en la doctrina a Vázquez Martínez, Edmundo; "Derecho Comercial", T. I, Guatemala 1966, p. 183 y s.
- (39) Cfr. FERRI, Giuseppe; voz "Associazione in Partecipazione", en el "Novissimo Digesto Italiano", Vol. 2, p. 1436.
- (40) Por ejemplo la comisión, cfr. arts. 183 y 184 de nuestro C.Co., Cfr. BARRERA GRAF, Jorge; -- "Contratos mercantiles convencionales (no reales); en el estudio relativo de Derecho Mercantil en "Introducción al Derecho Mexi-

cano", T. II, UNAM, México 1981, p. 870 y s.

- (41) Op. cit., p. 586.
- (42) Arts. 3002 y 3005 del C.Civ., relativos al Registro Público.
- (43) Cfr. arts. 29, fr. III y 32, fr. VII del Reglamento del Registro Público de Comercio, publicado en el D.O. el 22 de enero de 1979.
- (44) Cfr. MANTILLA MOLINA, Roberto; op.cit., p.; dicho autor sólo analiza el supuesto en que el asociante actúe como representante de la A. en P., y considera que este supuesto convertiría a la A. en P. en sociedad irregular, pero no analiza el de la exteriorización del contrato como tal, es decir, que sin actuar a nombre de ella se diera a conocer. En cambio, VASQUEZ DEL MERCADO; "Contratos Mercantiles"; Porrúa, México 1982, - considera que por la transmisión de bienes al asociante, se hace necesaria la publicidad del contrato de A. en P., cfr. p. 365.
- (45) Cfr. ejecutorias de la S.C.J., en Informe al Seminario Judicial de la Federación, Quinta - Epoca, Cuarta Parte, Tercera Sala, Tomos: - XXXIV, p. 2663; LXVII, p. 3881 y 3918, y en la sexta Epoca, Cuarta Parte, Tercera Sala, Vol. LXXVI, p. 22; en donde se expresa que la A. en P. tiene como rasgo característico el ser oculta porque sólo surte efectos entre las partes que la constituyen.
- (46) El C.Co. colombiano prescribe en su art. 511 que los "socios" que den a conocer su nombre, - o lo consientan responden solidariamente -- con el asociante, desde el momento en que desaparece su carácter oculto. El cambio, -

ni el C.Civ. Ítalo, ni el C.Co. Español ---  
prevén este supuesto; para el primero se -  
trata de una asociación sin personalidad,-  
y para el segundo, de un contrato mercantil

- (47) El art. 363 de la Ley de Sociedades argentina, expresa que los partícipes pueden ser da--  
dos a conocer, y cuando esto ocurre con su  
consentimiento, quedan obligados con los -  
terceros, junto con el asociante, de mane-  
ra solidaria e ilimitada. El C. Civ.fran--  
cés, Art. 1872-1, segundo párrafo, prevé -  
la posibilidad de que los asociados actúen  
en calidad de "socios", y en este caso se  
obligan solidariamente si la "sociedad" es  
comercial y sin solidaridad en los otros -  
casos.
- (48) Nuestro Supremo Tribunal, en informe al S.J.F.  
Quinta Epoca, Cuarta Parte, Tercera Sala,  
T.CXXX, p. 577; Sexta Epoca Cuarta Parte,-  
Tercera Sala, Vols. X, p. 44; XVIII, p.30  
y LII, p. 77; y Séptima Epoca, Cuarta Par-  
te, Tercera Sala, Vol. I, p. 14; ha mani--  
festado la existencia de contratos de A. -  
en P., sin que haya considerado la posibi-  
lidad de sociedades irregulares, a pesar -  
de que en los nombres comerciales de las -  
empresas de los asociantes aparece inclui-  
da la sigla A. en P.
- (49) Cfr. Ley de Sociedades argentina, art. 361; C.  
Civ. francés, art. 1871; C.o. del Brasil,-  
art. 325 y C.Co. colombiano, arts. 508 y -  
509.
- (50) En este sentido, nuestra Suprema Corte de Jus-  
ticia, en Informe al S.J.F., Sexta Epoca,-  
Cuarta Parte, Tercera Sala, Vol. LII, p. -  
77; consideró que "la forma escrita es só-  
lo un medio para facilitar la prueba de la

celebración del contrato de asociación en participación y de los elementos del convenio". Así en la Séptima Época, Cuarta Parte, Tercera Sala, Vol. I, p. 14, se consideró que para la apreciación de los medios de prueba del contrato de A. en P., debe estarse a la preminencia de la voluntad de las partes, sobre su expresión material, esto es, a la voluntad interna sobre la voluntad declarada.

- (51) Aunque esta resuelta ser una definición de carácter muy amplio.
- (52) Congruentemente con esta disposición en C.Civ., establece en su art. 2695 que las sociedades de naturaleza civil, que adopten la forma de las sociedades mercantiles, quedan sujetas al C.Co. y seguramente por carecer de las formalidades requeridas para las sociedades mercantiles devendrán sociedades irregulares de conformidad con el Art. 2º, párrafo tercero de nuestra L.G.S.M.
- (53) Cfr. MANTILLA MOLINA; op.cit., p. 188, quien -- considera que si el principal interesa al factor en alguna de sus operaciones como establece nuestro C.Co., en su art. 318, podría tratarse de una A. en P.; sin embargo, no estamos de acuerdo porque el propio C.Co. expresa que en ese supuesto el factor será reputado asociado, y de acuerdo con nuestra L.G.S.M. (arts. 252 y 256) quien realiza -- las operaciones comerciales es el asociante. Esta última interpretación no es originalmente nuestra, el mérito corresponde al maestro Barrera Graf, con motivo de la revisión de este trabajo. Para considerar que la participación que da el principal al factor constituye una A. en P. y no una asociación

ción atípica, tendría que considerarse que entre ambos existe una relación de coordinación y no de subordinación, ni de dependencia económica.

- (54) Cfr. la voz "Asociación", en la "Nueva Enciclopedia Jurídica", Seix Barral, ed. t. III, Barcelona, España 1963, p. 69.
- (55) El Código Penal para el Distrito Federal y Territorio de Baja California sobre delitos del fuero común y para toda la república sobre delitos contra la federación de 1871, sancionaba ya a las asociaciones formadas para atentar contra las personas o la propiedad, en sus arts. 951 a 955, asociaciones delictuosas que son recogidas y sancionadas por el Código actual.
- (56) Cfr. en la doctrina mexicana a Mantilla Molina; op.cit., p. 183; en la argentina a Muguillo Roberto Alfredo; op.cit., p. 77; en la francesa a Ripert; op.cit., p. 149; Merle Philippe, op. cit., p. 435 y s. y Bezard Pierre; op.cit., p. 523 y s; y en la Italiana a Ascarelli, Tullio; op.cit. p. 143 y 160, --- quien en principio señala que se trata de un contrato de cambio.
- (57) Cfr. SANCHEZ MEDAL, Ramón; "De los Contratos Civiles", Porrúa, México 1980, p. 290 y s.
- (58) Cfr. RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín; "Curso de Derecho Mercantil" T.I, Porrúa, México 1981, p. 19.
- (59) Cfr. GALINDO GARFIAS, Ignacio; "Estudios de Derecho Civil"; UNAM México 1981, p. 181.
- (60) Cfr. REALMONTE, Francesco; op.cit., p. 516 y s.



- (61) Cfr. BARRERA GRAF, Jorge; "Las Sociedades..." op. cit., 23 y s; quien advierte que esto no -- ocurre en todos los contratos bilaterales, -- porque pueden existir contratos bilaterales de prestaciones paralelas y con una finalidad común. En cambio, para Messineo, Franceso; op. cit., t. V, p. 296, y en el mismo sentido Galgano, Francesco; "Manuale Elementare di Diritto Commerciale", Bologna, Italia 1980, p. 136, en los contratos de cambio la finalidad o causa estriba en el interés económico de cada parte, mientras que -- en los plurilaterales, las partes se encuentran animadas por el mismo interés y sus -- prestaciones son paralelas.
- (62) Cfr. BARRERA GRAF, Jorge; op. cit., nota supra, p. 22.
- (63) Cfr. GIOVANNI GRANDI, op. cit., p. 16 y s.
- (64) Cfr. REALMONTE, Franceso; op. cit., p. 516.
- (65) Cfr. VIVANTE, César; op. cit., p. 578 y s.
- (66) Apéndice al S.J.F. 1917 - 1975, Cuarta Parte, -- Tercera Sala, Tesis No. 102, p. 295.
- (67) Cfr. los Informes al S.J.F.; Quinta Epoca, Cuarta Parte, Tercera Sala, tomos: XXXI, p. 770, XLVIII, p. 660; LII, p. 521 y LV, p. 2705.
- (68) MESSINEO, Franceso; Voz "Associazione in Partecipazione", en el "Novissimo Digesto Italiano", t. I, Vol. II, op. cit. p. 1435.
- (69) Cfr. FERRI, Giuseppe; vid. nota supra 67, p. 1435
- (70) En el mismo sentido se expresa el C. Civ. italiano en su art. 2550.

- (71) FERRI, Giuseppe; op. cit., p. 1436.
- (72) Nuestro derecho común regula a las sociedades conyugales, y en su art. 184 establece que éstas pueden comprender no sólo los bienes de que sean dueños los consortes al momento de formar la sociedad, sino también aquellos futuros que adquieran los esposos, y el art. 194, prescribe que la propiedad de dichos bienes corresponde a ambos cónyuges.
- (73) Cfr. en la doctrina a Broseta Pont; Manuel; op. cit., p. 330, y en el mismo sentido, Valeri, Giuseppe; "Manuale di Diritto Commerciale", t. II, Firenze, Italia 1946, p. 194.
- (74) Cfr. BARRERA GRAF, Jorge; "Las Sociedades.." p. 22.
- (75) Así BARRERA GRAF, Jorge; Ibid., quien expresa que "en la face constitutiva de la sociedad existe la contraposición de intereses que se manifiesta en los esfuerzos de los socios de obtener las máximas ventajas, en cuanto a utilidad, y ofrecer el mínimo de sacrificio, en cuanto a aportaciones"; en el mismo sentido Cfr. Vivante, César; op. cit., p. 331 y s.
- (76) BARRERA GRAF, Jorge; ibidem.

C A P I T U L O    I I I

EL CONTRATO DE ASOCIACION EN PARTICI-  
PACION, SUS ELEMENTOS Y SUS EFECTOS -  
CON TERCEROS.

## 1. Elementos del contrato de asociación en participación.

### 1.1. Consideraciones generales.

En el capítulo precedente hemos considerado que la A. en P. es un contrato, en este apartado exponemos algunas consideraciones sobre el contrato, para ubicarnos, posteriormente, en los elementos y efectos del contrato de A. en P.

Nuestro derecho positivo establece una distinción entre convenio y contrato, el primero como el género (1) y el segundo como la especie (art. 1793 - C.Civ.), aunque por propia disposición de nuestro derecho común las disposiciones aplicables a ésta le son también aplicables a aquél (cfr. el art. 1859 C. Civ.).

El contrato, es "el acuerdo de dos o más voluntades para crear o transferir derechos y obligaciones"; pero el término contrato tiene diversas acepciones: como documento, en el que se contienen las diversas cláusulas que establecen las partes; como norma privada entre las partes, vgr. contrato-ley; como acto jurídico, y, por último, para la doctrina germano-italiana como negocio jurídico. Respecto a este último, la literatura y legislación mexicanas distinguen únicamente entre hecho y acto jurídico --

omitiendo la noción de negocio jurídico (2).

1.1.1 Distinción entre hecho jurídico, acto jurídico y negocio jurídico.

Existen hechos o acontecimientos que son irrelevantes para el derecho, porque no producen consecuencias jurídicas y porque no motivan supuesto jurídico alguno, pero existen, en cambio, otros hechos que son relevantes para el ordenamiento jurídico, -- que sí producen consecuencias de derecho, como la filiación, son los llamados hechos jurídicos.

El hecho, para ser jurídico, necesita de una declaración de la ley que lo vincule a determinado efecto jurídico, por lo que se requiere, además de la actividad que produce el hecho, que el ordenamiento jurídico establezca que ese hecho origina tal hecho jurídico (3).

Los hechos jurídicos pueden clasificarse en hechos jurídicos stricto sensu y en actos jurídicos, y, como queda dicho, en la doctrina germano-italiana en negocios jurídicos. Los hechos jurídicos stricto sensu son los acontecimientos de la naturaleza, o -- aquellos relacionados con el hombre en los que no -- interviene su voluntad, o que aunque intervenga, es irrelevante respecto a la producción de consecuencias legales, pero que por motivar un supuesto jurí-

co, vgr. el nacimiento.

El acto jurídico es el acontecimiento del hombre en el que interviene su voluntad en forma directa, y que por la motivación que hace de un supuesto jurídico produce consecuencias de derecho; es decir, es la manifestación exterior de la voluntad que se hace con el fin de crear, transmitir, modificar o -- extinguir una obligación (4).

Es a un comportamiento voluntario del sujeto -- que el derecho vincula determinados efectos jurídi--cos (5). En el negocio jurídico, en cambio, se re--- quiere una declaración de voluntad del particular, -- que se dirige a un fin protegido por el ordenamiento jurídico; es decir, se trata de una declaración privada de la voluntad cuya finalidad es producir un -- efecto jurídico (6).

Lo esencial en el negocio jurídico es la volun--tad de sus autores que regulan sus propios intere---ses; el negocio deriva de un hecho jurídico, pero se distingue del acto en la voluntad negocial que con--tiene; en los actos jurídicos existe voluntad, pero\_ en los negocios jurídicos esa voluntad va dirigida -- a un fin, "es la manifestación de la voluntad dirigi--da a un fin práctico" (7).

La voluntad y su manifestación son elementos -- determinantes del negocio jurídico, para Ortiz Urqui

di (8); ella interviene, tanto en la realización del acontecimiento, como en la producción de consecuencias jurídicas. Al parecer, en el negocio jurídico existe la posibilidad de optar por la consecuencia jurídica que mejor satisfaga los intereses del autor; en el acto jurídico, en cambio, no existe tal posibilidad, es el ordenamiento jurídico el que determina las consecuencias ante la realización de determinado supuesto (9)

Se distingue el acto jurídico del negocio jurídico porque en éste no sólo se encuentra la expresión de la voluntad del hombre, sino que se trata de una voluntad que persigue un fin que la ley protege y que es una voluntad manifestada, exteriorizada. (10).

Hemos expuesto algunas consideraciones sobre esas figuras, con el objeto de ubicar al contrato de A. en P.; consideramos importante destacar que tanto la teoría del acto jurídico como la del negocio jurídico, reconocen como prototipo de uno y de otro al contrato.

Nuestro derecho común no recoge la teoría del negocio jurídico; la técnica empleada por el legislador fué la de estructurar al acto jurídico partiendo de la teoría general del contrato (11); no obstante, a pesar de la distinción entre hecho, acto y nego---

cio; las consecuencias jurídicas siempre se producen ex lege (12), y en la teoría del acto jurídico, aun cuando la voluntad del sujeto, no sea lo más importante, como en el acto jurídico, dicho acto es un acto de voluntad realizado para producir ciertos efectos de derecho que son la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos y obligaciones.

### 1.2. Elementos del contrato de asociación en participación.

Independientemente de la polémica doctrinal entre negocio jurídico y acto jurídico, analizamos a la A. en P. partiendo de la teoría general de éste.

Para que un acto jurídico produzca todas sus consecuencias, debe ser eficaz, y para serlo, se precisa recurrir tanto a elementos de existencia como de validez. Existe una diferencia tajante entre ambos elementos: los de existencia, como su nombre indica, se requieren para que el acto surja, para que cobre vida jurídica; los de validez, en cambio, suponen que el acto ha nacido, pero ellos se requieren para que su vida sea perfecta y no adolezca de vicios o defectos que entrañen su nulidad.

Nuestro derecho común, no regula al acto jurídico, sino que toma al contrato como prototipo de él. El C.Civ. en efecto, prescribe que las disposiciones sobre contratos son aplicables a todos los convenios



y a otros actos jurídicos.

### 1.2.1 Consentimiento.

El C.Civ. (art, 1793) establece que los convenios que producen o transfieren las obligaciones y - derechos toman en nombre de contratos y para su existencia requieren del consentimiento y del objeto que pueda ser materia del mismo (art. 1794).

Bajo este orden de ideas, podemos precisar que por el contrato de A. en P. una parte llamada asociante concede a otra llamada asociado una participación en las utilidades y pérdidas de una negociación mercantil a cambio de una aportación de bienes o servicios; y que para la existencia de este contrato, - como para la de cualquier otro, se requiere el acuerdo de voluntades, es decir, la concurrencia de la voluntad del asociante y del asociado, él ánimo, o sea, la intención o resolución del asociado para dar una cosa o prestar un servicio al asociante y la voluntad de éste para realizar las operaciones mercantiles, aportar, en su caso, bienes, y hacer partícipe a aquél de las utilidades y pérdidas de las mismas.

Basta el acuerdo de voluntades de las partes, - su consentimiento, para la existencia del contrato, sin que se requieran formalidades, es decir, aunque

no se otorgue por escrito, porque la forma escrita - en la A. en P. constituye un medio de prueba, pero - no un elemento de existencia; no se requiere la tradición de los bienes en que consistan las aportaciones, ni tampoco la presencia de las partes en el momento de la celebración del contrato, dado que puede quedar perfeccionado desde el momento en que se conteste aceptando la propuesta o las condiciones con - que ésta fue modificada (art. 80 C.Co.).

Conviene recordar, que en cuanto a la perfección de los contratos "entre ausentes", nuestro C. - Co. adopta la teoría de la expedición; es decir, que el contrato mercantil se perfecciona desde que una - de las partes contesta a la otra que acepta la pro-- puesta; en cambio, nuestro C.Civ., recoge la teoría\_ de la recepción, y establece que el contrato se forma "en el momento en que el proponente reciba la --- aceptación" (art. 1807).

En nuestro contrato mercantil, al igual que en los contratos civiles, el consentimiento puede ser - otorgado de manera expresa o tácita. Por no tratarse de un contrato solemne, las manifestaciones y acepta ciones que se deducen de actos ejecutados por las -- partes, tienen el mismo valor que si se hubieren he- cho por escrito (13); pero, si no existe acuerdo de\_ voluntades, el contrato será inexistente (art. 2224 C.Civ.), y si es dado por error, violencia o dolo se

rá nulo (arts. 1812 a 1823 y 2230 C.Civ. y 81 C.Co).

### 1.2.2. Objeto de la asociación en participación.

El objeto del contrato constituye otro de sus elementos de existencia, de conformidad con nuestro derecho común; y está constituido por la cosa que el obligado debe dar y el hecho que debe hacer (art. -- 1924); consiste en una prestación cuyo contenido es dar bienes o prestar servicios destinados al cumplimiento del fin o causa del contrato de A. en P.

El objeto se clasifica en directo e indirecto; el primero, consiste en la conducta de los contratantes que se manifiesta como una prestación de hacer, que consiste en entregar un bien o un servicio y en participar en las utilidades o en las pérdidas; mientras que el segundo, es decir, el objeto indirecto, es la cosa misma, los bienes o servicios y el porcentaje de utilidades y pérdidas. De esta suerte se presentan dos situaciones, la prestación de un hecho y la prestación de una cosa.

Para la prestación de un hecho, en la A. en P., se requiere que la conducta que el obligado deba hacer sea posible, impossibilium nulla obligatio, porque las prestaciones de hecho que sean imposibles no pueden ser objeto de contrato; y la imposibilidad -- puede ser no sólo física, sino también jurídica; "es

imposible el hecho que no puede existir porque es incompatible con una ley de la naturaleza o con una -- norma jurídica que debe regirlo necesariamente y que constituye un obstáculo insuperable para su realización" (art. 1828 C.Civ.). Además, la prestación del hecho ha de ser lícita, es decir que no vaya contra el orden público ni contra las buenas costumbres --- (arts. 8 y 1830 C.Civ. y 77 C.Co.).

Por cuanto a la prestación de la cosa; ésta debe existir en la naturaleza, ser determinada o determinable en cuanto a su especie y debe estar en el comercio (art. 1825 C.Civ.), y la prestación de ella - puede consistir en la traslación de dominio de cosa cierta y determinada, en la enajenación temporal del uso o goce de esa cosa cierta y determinada, en la restitución de cosa ajena y en el pago de cosa debida (art. 2011 C.Civ.).

En materia de A. en P., la prestación de la cosa consiste en la transmisión del dominio, uso o goce de bienes que el asociado transfiera al asociante para realizar el fin propuesto, y respecto a la prestación de éste consiste en emplear los bienes a que se comprometió para la realización de las operaciones de comercio, en la restitución de aquellos bienes de los que el asociado no transmitió la propiedad y en la entrega del porcentaje de utilidades o - de pérdidas que le correspondan al asociado en la ac

tividad económica realizada.

Pueden ser materia de aportación bienes muebles e inmuebles, tanto por su naturaleza como por disposición de la ley (cfr. arts. 14 y 747 a 789 C.Civ.), ellos deben existir en la naturaleza en el momento de la conclusión del contrato (art. 1826 C.Civ.) y deben estar dentro del comercio, es decir que sean de naturaleza patrimonial, que tengan un valor económico y que su transmisión no esté prohibida por la ley (cfr. infra 2.1 de este capítulo) (14).

### 1.2.3 Fin o causa de la asociación en participación

El fin que las partes de la A. en P. buscan alcanzar a través de ella, consiste en la realización de las operaciones mercantiles por el asociante, en los medios de que se valga para ello y en la participación en las utilidades y pérdidas de éstas por ambos. Esta finalidad del contrato será normalmente de carácter económico, lucrativo, pues se trata de un contrato mercantil (15).

El fin o causa de la A. en P. debe ser una actividad comercial en virtud de su carácter mercantil, (y desde este punto de vista es que la analizamos); el problema que se nos plantea entonces no es determinar si es mercantil o civil, sino saber si este contrato puede tener por objeto una actividad mer

cantil determinada en su género, o si por el contrario, debe recaer necesariamente en una o varias operaciones comerciales determinadas específicamente.

Al respecto, algunos autores sostienen que el carácter esencial de este contrato radica en su accidentalidad; es decir, que la finalidad del contrato, a la que erróneamente se denomina objeto, tal vez haciendo alusión al objetivo, pero que jurídica y técnicamente son diferentes, está constituida por una o varias operaciones determinadas, de suerte que si -- realizan una serie de negocios que no están determinados específicamente, o si es de carácter permanente, se convierte en sociedad irregular (16).

En este supuesto, se considera que los caracteres dominantes de la A. en P. se encuentran en el hecho de que es un contrato cuyo fin es una sola operación, o algunas operaciones determinadas, las cuales deben ser ejecutadas dentro de un breve plazo. Tal es la opinión de M. Lacré (17), quien expresa que -- "La característica distintiva de la sociedad en participación, que no permite confundirla ni con la sociedad colectiva ni con la sociedad en comandita, es la de estar formada para una o varias operaciones momentáneas y pasajeras, de suerte que ella termina -- con estas operaciones".

Para otros autores. (18), en cambio, si bien -- admiten que la A. en P. se caracteriza por ser acci-

dental, para realizar una o varias operaciones de comercio determinadas, nada impide que su carácter sea contínuo o permanente.

Por lo que a nuestro derecho toca, la L.G.S.M., claramente prescribe que la A. en P. puede tener como fin la explotación de una negociación mercantil, o la ejecución de una o varias operaciones de comercio; de donde se desprende que regula tanto la A. en P. momentánea, accidental o transitoria, como la permanente.

En efecto, nuestra L.G.S.M. unifica en una sola a los dos tipos de sociedades que comprendía nuestro C.Co., la momentánea o accidental y la asociación en participación propiamente dicha; lo que hace inaplicable el principio esencial en el derecho argentino del carácter transitorio de la A. en P. (19), sin que su carácter estable o permanente la convierta en una sociedad mercantil o en una asociación civil (20).

Por lo que hace al derecho comparado, en la legislación italiana, como en la nuestra, la A. en P. puede constituirse respecto a cualquier empresa del asociante, o a uno o varios negocios determinados (21).; por su parte la legislación argentina, como ya se dijo, denomina a nuestra figura "sociedad accidental o en participación", y establece su carácter

transitorio y accidental (art. 361 Ley de Sociedades), aunque en la doctrina se hace una diferencia entre "sociedad accidental" y "sociedad en participación", y se sostiene que la primera se forma únicamente para una o varias operaciones determinadas y transitorias, mientras que, la segunda se constituye para la explotación de una empresa comercial (22).

No obstante esas consideraciones doctrinales, - la exposición de motivos de la ley de sociedades argentina que comentamos, manifiesta la identificación de ambas figuras y señala como requisitos de ellas; su carácter oculto, transitorio y aptas para una o más operaciones determinadas; se añade que el sentir fue que la ausencia de cualquiera de estos requisitos, traería como consecuencia que no se tratara de una "sociedad accidental o en participación" (23). De ello, resulta que se excluye todo lo que represente el ejercicio de una profesión comercial, el ejercicio habitual del comercio mediante la A. en P.; pero además, que la propia ley argentina distingue a este contrato del de sociedad, e incluso de sociedad irregular (cfr. art. 11, inciso 8).

En cambio, para las legislaciones chilena y colombiana, las partes del contrato pueden determinar libremente el fin o causa de la A. en P. (24), por supuesto, siempre que no vaya contra las leyes o las buenas costumbres, pero no se prescribe su carácter



accidental, sino al contrario, se prevén una o muchas operaciones instantáneas o sucesivas.

Por lo que hace al C.Co. del Uruguay (arts. 444 y 445), no obstante determinar que la A. en P., es la reunión de dos o más comerciantes para una operación de comercio determinada, y que puede ser relativa a una o varias operaciones mercantiles, al parecer, podría pactarse convencionalmente una A. en P. cuyo objeto fuera un negocio duradero y no accidental (25).

Tanto en la legislación española (art. 239 C. Co.), como en la francesa (art. 1872-2 C.Civ.), la A. en P. puede tener por finalidad la realización de una o varias operaciones de comercio o una participación temporal o permanente. De suerte que en el derecho francés puede existir una A. en P. de naturaleza civil, lo que al parecer no es muy común, porque generalmente se constituye para operaciones de comercio y no de otra índole (26).

En términos generales, podemos decir que, el fin o causa de la A. en P. puede serlo tanto la ejecución de una o más operaciones de comercio determinadas, como la explotación de un negocio permanente, aunque normalmente se celebra para algunas operaciones aisladas y transitorias en virtud de que es un medio propicio para realizar dichas operaciones, pa-

ra evitar trámites jurídicos que tendrían que efectuarse tratándose de la constitución de una sociedad, e inclusive para permanecer en el anonimato, situación que ahora se ha restringido en nuestro derecho por el reciente decreto que desaparece las acciones al portador, otorgando efectos jurídicos sólo a las nominativas.

El fin o causa de la A. en P., o sea, la realización de las operaciones mercantiles y la participación en las utilidades y pérdidas, ha de ser lícito y posible (cfr. arts. 1827 y 1831 C.Civ.) es decir, no puede ir en contra de una disposición normativa de carácter imperativo o prohibitivo, ni contra las buenas costumbres; debe ser igualmente posible, determinado o determinable en cuanto a su especie, por lo que precisa entonces determinar el género de operaciones que se pretendan efectuar. No sería suficiente aludir a un comercio cualquiera, o una especulación sobre mercancías genéricas, sino que debe precisarse el género y la especie de las operaciones materia de la A. en P., con lo que no sería posible extender el alcance y la aplicación de esa A. en P., a otras actividades diversas a las previstas, salvo que las partes modifiquen el pacto (cfr. art. 255 L. G.S.M.). Es decir, el asociante, no está facultado para ampliar el objeto o fin de la A. en P. sin contar para ello con la anuencia del asociado.

Debemos hacer hincapié, que la naturaleza de la A. en P. es de carácter mercantil, en nuestro derecho, y que la legislación francesa prevé la existencia de una A. en P. de naturaleza también civil, exigiendo para ésta un documento escrito para su continuación.

En derecho mexicano se excluye la posibilidad de que pueda existir una A. en P. de naturaleza civil, porque por su propia definición la A. en P. debe tener un fin u objeto de carácter especulativo -- (art. 252 L.G.S.M.); en cambio, la asociación civil, además de que sólo puede ser de carácter permanente y no transitorio, no puede tener un fin ni preponderantemente económico ni especulativo (art. 2670 C. Civ.).

#### 1.2.4. Forma del contrato de asociación en participación.

De conformidad con nuestra L.G.S.M. la A. en P. es un contrato formal, no consensual, porque la propia ley exige que (art. 254) el contrato de A. en P. conste por escrito y no está sujeto a registro.

El principio de la forma escrita hace inaplicable la regla del consentimiento como válido por sí mismo para contraer obligaciones (27), se requiere satisfacer la formalidad establecida por la ley, ---

pues de lo contrario, de conformidad con el art. 79 fr. II, párrafo último, el contrato no produciría -- obligación ni acción en juicio. ¿Se podría hablar de nulidad relativa, si las disposiciones previstas para esa nulidad sólo son aplicables a los contratos mercantiles "con las modificaciones y restricciones" que el C. Co. impone (art. 81) ?.

Nosotros sostenemos que la forma escrita que exige la L.G.S.M. (art. 254) para la A. en P. no es un elemento esencial para su existencia, sino únicamente un medio de prueba del contrato. Nos apoyamos en los diversos pronunciamientos que nuestro Supremo -- Tribunal a elaborado al respecto en los cuales ha manifestado que:

"...No tratándose de un contrato solemne, las manifestaciones y aceptaciones que tácitamente se deducen de los actos ejecutados por las partes... Deben tener el mismo valor legal que si se hubieran -- pactado expresamente por escrito" (28).

Lo que significa que, su constitución por escrito es sólo un requisito ad probationem (29), es decir, una formalidad que no es necesaria para la existencia, sino únicamente para probarlo eficazmente, -- porque "el acto es válido como medio de prueba aunque los formalismos legales no hayan sido observa-- dos" (30). En todo caso, le son aplicables las dispo

siciones del C.Civ. (art. 2228) respecto a la nulidad relativa, y aun cuando no se hubiere celebrado por escrito la A. en P., las partes tienen derecho a pedir ante tribunales que se otorgue la forma omitida.

En términos generales, en nuestro derecho, el contrato de A. en P. puede celebrarse por un escrito privado simplemente, sin necesidad de testigos y no está sujeto a registro; en el mismo sentido se expresa el C.Co. de Venezuela (art. 369). El C.Civ. francés, no obstante calificar a la A. en P. de sociedad, la dispensa de los requisitos y formalidades prescritos para las sociedades mercantiles, y cuando es de naturaleza mercantil ni siquiera exige documento escrito (31).

En Italia, el contrato de A. en P. es de carácter consensual; se perfecciona por el simple acuerdo de voluntades, no se requiere de documento escrito; el contrato es perfectamente válido si se estipula verbalmente, a menos que se aporten en propiedad o en uso bienes inmuebles o derechos reales por un tiempo que exceda de nueve años (art. 1350 C.Civ.).

En Argentina, tampoco se exige formalidad alguna ni se le sujeta a registro (art. 361 Ley de Sociedades); mantiene el criterio del C.Co. (art. 397), tendiente a facilitar la fluidez del tráfico comercial mediante la eliminación de formas de celebra---

ción; la prueba de la existencia de la A. en P., se rige por la de los contratos.

El C.Co. de Chile (art. 508), exenta a la A. en P. de las formalidades previstas para las sociedades comerciales, disposición que también aparece en el C.Co. del Uruguay (art. 446), no obstante que éste califica a la A. en P. de sociedad, y prescribe que puede probarse por cualquier medio admitido por la ley.

A nuestro parecer, resulta interesante observar que no obstante que diversas legislaciones determinan que la A. en P. es un contrato diverso al de sociedad, y que se trata de un contrato de carácter oculto, exigen que se cumplan con ciertos requisitos de las sociedades mercantiles.

El contrato de A. en P., en la mayoría de las legislaciones, hemos dicho, debe constar por escrito y no está sujeto a registro; ahora bien, la inscripción de los actos jurídicos entraña su publicidad, y la A. en P. está exenta de ella; se trata, ciertamente, de un contrato de carácter oculto, nota que viene de antaño, desde que la profesión de comerciante era prohibida a determinadas personas; de ahí que en el antiguo derecho francés se hablara de "société -- anonymé", en el ítalo de "compagna secreta", y que en el derecho alemán todavía se mantenga el vocablo

"stille gesellschaft", Sin embargo, hoy en día suele - ocurrir lo contrario, es decir, que el asociante dé a conocer el nombre de su asociado, sin que ello entrañe cambio en la naturaleza jurídica del contrato.

El carácter oculto de la A. en P., en cuanto a su no inscripción en el registro público, no puede interpretarse en el sentido de privación de garantías de defensa del asociado o de los terceros que tratan las operaciones con el asociante, porque el asociado está protegido por el pacto, y los terceros sólo cuentan con el patrimonio del asociante, el cual estaría acrecentado con los bienes que el asociado aportó, si dichos bienes se transmitieron con las debidas formalidades.

Por otra parte, en forma más amplia que el derecho ítalo (art. 1350 C.Civ.), nuestra L.G.S.M. (art. 257), prescribe, al respecto, que debe inscribirse en los registros públicos, la cláusula del contrato cuando por la naturaleza de la aportación sea necesaria esta formalidad, pues tratándose de bienes muebles inscribirles o registrables, de los cuales no se inscriba la calidad de dicha transmisión, los terceros pueden hacer valer de buena fe la presunción legal de que es propietario del bien, su poseedor (art. 798 C.Civ.), aun cuando el asociado no haya transferido la propiedad de esos bienes aportados; bástenos por ahora decir que la inscripción de tales

bienes implica la publicidad de la A. en P., pues, si bien no se exige su registro como A. en P., se requiere ese registro para la cláusula que establezca la reserva de propiedad a favor del asociado.

Para concluir este inciso, debemos mantener --- nuestro punto de vista respecto a la forma escrita de la A. en P.; este contrato si bien se exige que conste por escrito, este requisito no es de solemnidad de forma substancial, sino únicamente de perfección y la existencia del contrato de A. en P. puede probarse por otros medios que la acrediten (32). La forma escrita constituye un medio para facilitar la prueba de su celebración y de sus elementos, pero el contrato ya existe; como se expresa en ejecutoria -- "...así las sociedades irregulares existen y tienen personalidad, según el sistema de la ley de sociedades (art. 2) aunque no cumplan con las formalidades requeridas por la propia ley" (33).

#### 1.2.5. La capacidad en el contrato

La capacidad es la aptitud de las personas para ser titulares de derechos y obligaciones y de hacerlos valer por sí mismas, en el caso de las personas físicas, o por representantes legales en el caso de las personas morales (34).

Nuestra L.G.S.M. no exige capacidad especial ni



que sean comerciantes quienes celebren una A. en P., basta que tengan capacidad legal para contratar (35)

En nuestro derecho la capacidad se presume, el art. 1798 del C.Civ. prescribe que "son hábiles para contratar todas las personas no exceptuadas por la ley" (36); ahora bien, como la A. en P. tiene por finalidad la realización de una operación de comercio o de una actividad mercantil, requieren los contratantes, o cuando menos el asociante, de capacidad legal para ejercer el comercio, la cual en principio no es diferente a la que otorga el derecho común, ya que el art. 5o. del C.Co. expresa que "tienen capacidad legal para ejercer el comercio todas las personas que según las leyes comunes son hábiles para contratar y obligarse y a quienes las mismas (leyes) no prohiban expresamente la profesión del comercio".

De manera que, en principio, pueden ser asociante o asociado cualquier persona, física o moral, hombre o mujer, comerciante o no comerciante, mexicano o extranjero.

Sin embargo, no pueden ser asociantes, en virtud de que no pueden ejercer el comercio; los corredores, los quebrados que no hayan sido rehabilitados (cfr. el cap. IV, en cuanto a nulidad y rescisión), los que por sentencia ejecutoriada hayan sido condenados por delitos contra la propiedad, incluyendo --

en estos la falsedad, el peculado, el cohecho y la concusión (art. 12 C.Co.).

En cuanto a los extranjeros, ellos tampoco podrían ser asociantes en actividades reservadas de manera exclusiva a mexicanos, como aquellas referentes a la radio, televisión, transporte urbano, interurbano y en carreteras federales, transportes aéreos y marítimos nacionales, explotación forestal, distribución de gas, y otras actividades que fijan las leyes y disposiciones reglamentarias que expida el ejecutivo federal, reservadas exclusivamente a mexicanos -- (art. 4 L.I.E.).

El art. 5o. de la L.I.E. limita al 49% el capital extranjero en las sociedades mexicanas; de este supuesto se desprende que el extranjero, persona física o moral no puede constituirse como asociante, no sólo porque rebasaría dicho límite, sino también porque sería el único quien se ostentaría como dueño de la negociación mercantil. En cambio, si el extranjero celebra una A. en P. con un mexicano que actúe como asociante, dicho extranjero puede ser asociado, aunque sea propietario del 100% del capital empleado en la negociación del contrato, si el mexicano no sólo se ostenta externamente como dueño exclusivo, sino además administra y determina el manejo de la negociación, en tal supuesto no habría inversión extran

jera.

Es decir, otra limitación a la inversión extranjera consiste en que no se maneje o controle la administración de una empresa (art. 5o. L.I.E.) (37), en el caso anterior, si el asociante es un mexicano y él es quien determina la administración y control de la empresa no existiría esa inversión (38).

Por ello el extranjero puede ser asociado en actividades como las señaladas anteriormente, porque aunque son reservadas a mexicanos, personas físicas o colectivas, aquéllos no tendrían el manejo de la negociación (arts. 1o. y 5o. L.I.E.) y el patrimonio destinado a la A. en P. correspondería al asociante mexicano, cuando menos aparentemente; además no existe un control directo sobre dichos extranjeros en nuestra materia.

Por lo que toca a los cónyuges para celebrar entre sí una A. en P., al parecer carecen de capacidad ya que no pueden contratar entre ellos, a menos que medie autorización judicial.

En efecto, el art. 174 del C.Civ. prescribe que los cónyuges no pueden contratar entre ellos, y como la A. en P. es un contrato entre partes (asociado y asociante) existiría la prohibición legal de celebrarlo entre marido y mujer. Disposición que no es rigorista en cuanto que, si bien es cierto que por

la A. en P. no se crea un ente distinto de los participantes, es un contrato que genera derechos y obligaciones inter partes, y aunque dichas partes persiguen un interés que les es común, no podrían celebrarlo entre cónyuges, independientemente del régimen conyugal bajo el cual hubieren celebrado el matrimonio, pues a pesar de que ambos participaran en utilidades y pérdidas de la actividad económica realizada por alguno de ellos, existe una contraposición de intereses, que repugna con la finalidad del matrimonio, como claramente señala Barrera Graf (39)

Otro supuesto en cuanto a la capacidad, sería el caso de las asociaciones religiosas llamadas iglesias; por disposición constitucional (art. 27, fr. II) éstas no podrían ser asociantes en una A. en P. que implicara la adquisición, posesión o administración de bienes raíces o capitales impuestos sobre ellos, ya que no tienen capacidad para realizar tales actos; pero, además tampoco podrían ser asociante ni asociado en virtud de que carecen de personalidad jurídica (art. 130 constitucional).

Por lo que hace a los ministros de los cultos, nuestra Carta Magna prescribe que no tienen derecho para asociarse con fines políticos (art. 130, párrafo 9o), lo que significa que válidamente pueden hacerlo con fines lucrativos como cualquier persona.

### 1.2.5.1. La calidad de comerciantes.

Nuestra L.G.S.M. no expresa que la A. en P. sea un contrato que deba celebrarse entre comerciantes (art. 252); lo que significa que no se requiere tal calidad, ni siquiera para el asociante, aunque éste deberá tener la capacidad para realizar las operaciones de comercio, y por otra parte puede inferirse, únicamente, que si se trata de una negociación mercantil, el asociante será un comerciante.

Es decir, el asociante normalmente será un comerciante, ya sea desde que celebra el contrato de A. en P., o bien, durante el contrato si con la ejecución de las operaciones o la explotación de la negociación mercantil, hace del comercio su ocupación ordinaria (cfr. art. 5o. Co.Co.). También será un comerciante si es una sociedad mercantil mexicana, o una sociedad mercantil extranjera legalmente autorizada para ejercer actos de comercio (art. 3o. C.Co.), pero la calidad de comerciante no es esencial para celebrar una A. en P., sobre todo cuando se celebra para la realización de una o varias operaciones de comercio determinadas; por supuesto, no negamos que por virtud de la A. en P. el asociante pueda convertirse en un comerciante, pero puede no serlo al momento de pactar el contrato.

Se trata de un contrato típico y nominado de la L.G.S.M., supletoriamente regulado por el C.Co., y en la medida en que las operaciones, materia del contrato, son actos de comercio, los contratantes es tán sujetos a las normas tanto de aquélla como de és te, por el carácter comercial de la A. en P. y no sólo por la calidad de comerciantes que pudieran tener las partes.

Otras legislaciones, como las de Venezuela (art. 364 Co.Co.), Ecuador (art. 357 C.Co.), Argentina (art. 361 Ley de Sociedades) e Italia (art. 2549 C.Civ.), no exigen la calidad de comerciantes a las partes para celebrar una A. en P.

En cambio, los C.Co. chileno (art. 507), colombiano (art. 507) y español (art. 239), expresan que la A. en P. es un contrato entre comerciantes; lo que al parecer haría necesaria la calidad de comerciantes a quienes pretendieran celebrar una A. en P. pero, dado su carácter oculto, creemos que bastaría que el asociante lo fuera, o tuviera capacidad para realizar las operaciones de comercio, pues él es el único que realizará tales actos y no habrá relación jurídica entre terceros que contratan con dicho asociante y el asociado.

El C.Co. de comercio español establece en su Art. 239: "Podrán los comerciantes interesarse los

unos en las operaciones de los otros...", de esta expresión, Solá Cañizares (40) ha interpretado que para el derecho español sólo pueden celebrar una A. en P. quienes tienen la calidad de comerciantes; sin embargo, consideramos que este precepto no puede interpretarse limitativamente, sino que podría extenderse a los no comerciantes. El art. 239 citado, no dice expresamente que sólo los comerciantes pueden celebrar una A. en P., sino que ellos pueden hacerlo, pero no son los únicos que pueden intervenir en operaciones de comercio a través de una A, en P.

Resumiendo, podemos decir, que la capacidad para ser asociante o asociado únicamente tiene las limitaciones que el derecho mercantil y el derecho común expresamente imponen a la capacidad de contratar en general (41).

De manera que, pueden ser, en principio, asociante o asociado las personas físicas, el hombre o la mujer, el comerciante individual, o colectivo y, en general las personas ajenas al comercio, salvo aquellas a quienes expresamente esté vedada la capacidad de contratar o el ejercicio del comercio, ya sea en general o respecto a determinadas áreas o materias, y quienes no tengan capacidad para contratar.

Pero, la calidad de los sujetos de la relación

de A. en P. no determinará que se trate de una A. en P. de naturaleza mercantil, en todo caso podría presumirse mercantil cuando el asociante fuere comerciante, pero dada la objetividad del derecho mercantil, lo que determina que sea comercial el contrato es que las operaciones o la actividad de un establecimiento sean de esa naturaleza, que su finalidad sea lucrativa, es decir, que esté de acuerdo con la disposición del art. 252 de nuestra L.G.S.M.

## 2. Derechos y obligaciones de las partes.

### 2.1 Obligaciones del asociado.

Expresa nuestra L.G.S.M. que por el contrato de A. en P. una persona concede a otras que le aportan bienes o servicios una participación en las utilidades, y en las pérdidas de una negociación mercantil o de una o varias operaciones de comercio (art.252); de donde resulta que la primera obligación que tiene el asociado consiste en dar una aportación, ella constituye el objeto del contrato, es decir, la cosa que el obligado deba dar (bienes y derechos) o el hecho que el obligado deba hacer (servicios) (43)

El asociado puede aportar, en primer lugar dinero, bien fungible por excelencia; también puede aportar tanto bienes muebles como inmuebles que estén dentro del comercio (arts. 747 a 749 C.Civ.); pueden



ser objeto de aportación las obligaciones y derechos o las acciones que tengan por objeto cosas muebles o cantidades exigibles en virtud de acción personal -- (art. 754 C.Civ. y 384 C.Co.); las acciones de sociedades (art. 755 C.Civ.); los títulos de crédito ---- (art. 2o. L.G.T.O.P.); los derechos reales sobre inmuebles (44) como el usufructo (arts. 980, 996 y --- 1002 C.Civ.); el derecho de obtener frutos naturales, industriales o civiles (art. 990 C.Civ.); sobre capitales impuestos a réditos (art. 995 C.Civ.).

En general, cuando el asociado no propietario de un bien, confiere los derechos más limitados que tiene sobre una cosa, ese derecho será el objeto de la aportación, porque ésta puede consistir en hacer posible el goce de un bien mueble o inmueble por parte del asociante; ahora bien, en vista de lo ante--- rior, y por aplicación supletoria del art. 12 de la L.G.S.M., el asociado deberá responder no sólo de la existencia y legitimidad del bien, sino también de la solvencia del deudor en la época de la aporta--- ción.

Es decir, en principio, el asociado puede aportar cualquier bien y derecho que pueda constituir el objeto de un contrato de cambio, y que implique la transmisión de la propiedad o del uso de tales bie--- nes o derechos, como la venta o el arrendamiento(44).

La L.G.S.M. exige que las aportaciones a la so- ciedad se valoricen en el momento de su entrega o -- que se determine el procedimiento seguido para dicha valoración (art. 6o.); y añade que, salvo pacto en - contrario, las aportaciones se entenderán traslati-- vas de dominio (art. 11) situación similar ocurre en la A. en P., y respecto a terceros, los bienes apor- tados por el asociado pertenecen en propiedad al so- ciente.

La aportación, hemos dicho, puede consistir en la transmisión de la propiedad de bienes o sólo en - el uso o goce de ellos, pero el riesgo de la cosa se rá a cargo del asociante a partir del momento en que el asociado la haya entregado (art. 11 L.G.S.M.), y no a partir de la transmisión de la propiedad como - sí acontece en la compraventa mercantil (art. 377 C. Co.).

Por las consideraciones anteriores, se des--- prende que no podrían ser materia de aportación los- créditos inexistentes; los derechos indeterminables; los aleatorios; o aquellos que carecieran de algún - valor propio e independiente, como sería el nombre - comercial (45).

Los derechos reales de uso y habitación que -- dan derecho para recibir los frutos de una cosa aje- na los que basten a las necesidades del usuario y su

familia, no pueden aportarse, en virtud de que no se pueden enajenar, gravar o arrendar (arts. 1049 y --- 1050 C.Civ.).

Sin embargo, pueden ser objeto de aportación el trabajo o la actividad del asociado (o del asociante). En efecto, el asociado puede aportar únicamente su trabajo como una obligación de hacer contraída en el contrato de A. en P.; se admiten estas aportaciones en sociedades civiles (art. 2688 C.Civ.) y en -- mercantiles personales (arts. 49 y 57 L.G.S.M.). El C.Civ. permite, de alguna manera valorizar dichas -- aportaciones (art. 2732) al establecer que "si el -- trabajo del industrial pudiera hacerse por otro, su cuota será la que corresponda por razón de sueldos u honorarios...".

La prestación de servicios por parte de una de las partes del contrato, puede hacerse en forma directa o por un tercero; en el primer caso, el obligado realiza personalmente los trabajos que se comprometió realizar, sin que por esto medie alguna relación de trabajo. En efecto, el contrato que asociante y asociado han celebrado es el de una A. en P. y no el de trabajo con participación en utilidades, y en este sentido la prestación de servicios tiene por objeto participar en el alea de las operaciones del -- contrato, no sólo en sus ganancias sin sujeción a --

pérdidas como ocurre en la relación de trabajo; además, el asociante o el asociado, que prestan su trabajo, no se encuentran ligados entre sí por una relación de subordinación ni de dependencia económica, - sino por una relación de coordinación en un contrato de A. en P. (46).

En el segundo caso, o sea, la prestación de ser vicios del asociado (o del asociante) realizada por un tercero, nuestro C.Civ. la prevé en su art. 2064, que expresa que dicha obligación se puede cumplir -- por un tercero, a menos que se hubiere pactado el -- cumplimiento personal del obligado o que se hubieren elegido sus conocimientos especiales o sus cualida-- des personales.

Pero, aunque un tercero preste los servicios a que estaba obligado el asociado, el contrato de A. - en P. sólo se celebra y surte sus efectos entre asociante y asociado; y la injerencia de un tercero, co mo en este supuesto, no afecta la relación; en todo caso, dicho tercero sería un dependiente económico - (trabajador) y subordinado del asociado, pero no de la A. en P.

Como quiera que consista la aportación, ésta -- constituye un elemento ajeno del cual el asociante - se beneficia de diversa manera, según lo que indique el contenido del contrato de A. en P. (47). Pero esa

aportación es un medio ( y objeto del contrato ) para realizar una operación económica en una determinada área, tiene una función económica e instrumental respecto a la actividad ejercida por el asociante, - de donde se desprende que asume importancia su existencia, pero no la naturaleza de la prestación. Es - decir, el contrato de A. en P. permanece idéntico in dependientemente del contenido de la prestación (48), a menos que no exista dicha prestación, por el asociado, por el asociante, o por ambos, lo que acarrearía la inexistencia del contrato por carencia de objeto (49).

Por lo que toca a la aportación del asociante, puede establecerse en el pacto de A. en P. que dicha aportación consista en la entrega de algún bien, en este caso puede aportar aquéllos señalados para el asociado (véase supra); pero si no se pactó nada al respecto, debe interpretarse que la aportación del asociante, y el hecho a que se obliga, consiste en la realización de las operaciones del contrato y de aquellos actos necesarios para lograr el objeto de la A. en P. En este supuesto, su aportación es de industria y para su participación en las utilidades será tratado como "socio industrial" (cfr. apartado siguiente).

Por otra parte, el asociado tiene obligación de sufrir las pérdidas de las operaciones en la pro-

porción convenida (art. 258 L.G.S.M.), sin embargo, - si nada se convino, nuestra L.G.S.M. expresa que de-berá observarse lo dispuesto en el art. 16 de la pro-pia ley, pero las pérdidas que correspondan al aso-ciado no podrán ser superiores al valor de su aporta-ción.

De lo anterior se desprenden varios supuestos, a saber: a) Si el asociado aportó dinero o bienes -- responde de las pérdidas de la asociación en propor-ción a su aportación (art. 16, fr. I); b) Si el aso-ciado aportó industria, no reporta pérdidas, salvo - pacto en contrario, y todas corren a cargo del aso-ciante, aun cuando fueren varios los asociados, si - todos estos hubieren aportado industria (art. 16, -- fr. III). En este supuesto debe entenderse que sí re-porta pérdidas en la medida en que no le será retri-buído el trabajo que prestó en calidad de aportación para la A. en P.; y c) Si el asociado aportó capital y el asociante sólo industria, aunque frente a terce-ros el único que responde sea el asociante, en sus - relaciones internas el asociado responde hasta el -- monto de su aportación.

Si las pérdidas de la A. en P. son superiores al valor de la aportación del asociado, y el asocian-te aportó industria, no obstante la disposición del - art. 16, fr. III que prescribe que el " socio indus-trial" no reporta pérdidas, dichas pérdidas serán --

cubiertas por el asociante, en virtud de que este -- precepto sólo se aplica supletoriamente y siempre -- que no vaya contra las disposiciones expresamente -- previstas para la A. en P. En efecto, no es aplica-- ble al caso anterior el art. 16 porque la L.G.S.M. -- establece que, salvo pacto en contrario, las pérdi-- das que correspondan al asociado no podrán ser supe-- riores al valor de su aportación (art. 258) (50).

Los supuestos señalados anteriormente, que para nuestro derecho parecerían absolutos, no lo son para otras legislaciones, si bien en principio el asociado limita su responsabilidad al valor de su aporta-- ción, para la argentina (en la medida en que se dé -- a conocer la identidad del asociado frente a terce-- ros) asume el carácter de obligado solidario e ilimi-- tado por los actos y obligaciones contraídas por el asociante con motivo de la A. en P.; la única condi-- ción de dicho supuesto reside en que su nombre se ha-- ya dado a conocer con su consentimiento (51); e in-- cluso, también responde de manera directa si contra-- ta con terceros (cfr. nuestro capítulo III-1,8).

## 2.2 Obligaciones del asociante.

En primer lugar, el asociante tiene obligación de realizar las operaciones o negocios pactados. --- Frente a terceros es el único dueño del negocio y co-- mo tal actúa directamente o a través de un represen--

tante, mandatario, que inclusive puede ser el propio asociado (52), encargado de la dirección y administración de la negociación mercantil, sin que éste -- quede obligado personalmente con aquellos terceros, -- sino que obliga directamente al asociante, incluso -- por los actos ilícitos que cometiera dicho mandata-- rio y de los que surgieran por mantenerle en su pues-- to después de cometidos los actos perjudiciales para las operaciones o los terceros (53).

Normalmente, pues, la gestión corresponde al -- asociante, lo que significa, que la iniciativa econó-- mica está determinada por él y aunque no actúa en re-- presentación de algún ente con personalidad jurídica, ni a nombre del asociado, en sus relaciones internas y ocultas con éste, deberá observar la normal dili-- gencia del mandatario.

Quien realiza en su nombre la gestión, no sólo tiene el derecho, sino también el deber de emplear -- la aportación del otro contratante de manera adecua-- da a la naturaleza y finalidad del negocio (54).

El asociante obra en su propio nombre, con vo-- luntad individual, se confía a su diligencia el éxi-- to del negocio (55). Es el exclusivo dominus y gestor de la empresa, de la misma manera que si no existie-- se asociado, en virtud de que la titularidad del ne-- gocio y consiguientemente la responsabilidad frente\_



a terceros son del asociante (56).

Pero, el asociante tiene obligación de realizar las actividades convenidas en el contrato y está --- obligado a hacer todo lo posible para dar impulso a las operaciones de cuyos resultados participa al asociado (57).

La realización de tales operaciones, como hemos dicho, constituyen el contenido de su aportación de industria, pero esta no es óbice para que pueda aportar también algún bien.

Por otra parte, el asociante tiene también --- obligación de rendir cuentas al asociado de las operaciones pactadas, obligación que deberá prestar semestralmente, por aplicación supletoria de las normas de la sociedad en nombre colectivo (art. 43), -- salvo que se hubiere pactado otra cosa (58). Y por lo que hace a la obligación del asociante de permitir al asociado un control sobre las operaciones y gestiones, nuestra L.G.S.M. no lo determina expresamente (59), pero podría pactarse en el contrato, y en este caso, el asociante deberá permitir o facilitar dicho control.

## 2.3 Derechos del asociado y del asociante

### 2.3.1 Entrega de la aportación

Por lo que al asociado toca, éste tiene derecho a exigir al asociante la realización y el cumplimiento de la negociación u operaciones convenidas, y si no las realiza, tiene derecho a pedir la resolución y como consecuencia la liquidación de la A. en P. (cfr. arts. 50, fr. II y 230 L.G.S.M.), si se ha pactado una pena contra el incumpliente, podrá exigirse la indemnización convenida o bien el cumplimiento de la obligación, pero no ambos (art. 88 C. Co).

El asociado también tiene derecho a compeler al asociante para que entregue a la negociación la contribución a la que se hubiere comprometido, para realizar las operaciones, y si el asociante no observa lo convenido, el asociado, a su vez tiene derecho a pedir la resolución del contrato y la liquidación de la A. en P.

El asociante, también tiene, respecto al asociado, el mismo derecho de exigirle el cumplimiento de su obligación y el pago de su aportación.

### 2.3.2 Rendición de cuentas y derecho de control.

El asociado tiene derecho a saber y conocer el

desarrollo y los resultados de las operaciones realizadas por el asociante (60), derecho que no se limita a una simple verificación post factum, sino que se extiende a su injerencia interna e incluso externa (como representante o administrador de la empresa -- del asociante) en el ejercicio de las operaciones -- mercantiles. Es decir, que el asociado tiene derecho a observar e intervenir en las operaciones que realiza el asociante, y puede hacerlo, vgr. si se constituye en gerente o administrador de la negociación -- mercantil del asociante en la que dicho asociado participa.

En efecto, el asociado, puede actuar como representante del asociante; es decir, puede constituirse en un mandatario que pueda asumir la gestión completa o parcial de la negociación y que actúa a nombre y por cuenta del gestor. Nuestra L.G.S.M. no señala expresamente algún derecho de intervención del asociado en la negociación de la A. en P.; sin embargo, el art. 255 otorga libertad a los contratantes para que en el contrato de A. en P. fijen "los términos, proporciones de interés y demás condiciones en que (las A. en P.) deban realizarse".

De lo anterior, podemos afirmar, que aunque no se otorga de manera expresa al asociado algún derecho de control, las partes válidamente pueden pactar

el contenido y alcance de ese derecho.

Este control, como queda dicho, implica la intervención del asociado en la administración de la negociación, aunque externamente sólo el asociante aparece como dueño. Dicho control debe referirse, no sólo a la voluntad negocial del asociante (61), sino también a la observación de los actos de gestión que éste haya cumplido; o sea, el asociado tiene derecho a saber y decidir en qué y cómo se va a utilizar su aportación, así como a verificar si los actos del asociante van destinados efectivamente a la explotación de la negociación mercantil o a la realización de las operaciones pactadas.

En este aspecto, debemos considerar, también, que sólo en la medida en que el interés del asociado se limite a los resultados de la negociación, se tratará de un control post factum y no anterior o concomitante a tales operaciones, aunque éste podría ser un caso excepcional, en el que el asociado se desinteresara de las operaciones y sólo se preocupara por los resultados.

Como las partes tienen amplia libertad contractual, como hemos dicho (cfr. art. 255 L.G.S.M.), en el pacto puede determinarse el control que el asociado pueda ejercer sobre la negociación y sobre su de-

senvolvimiento, por lo que, a pesar de que no se indica la forma expresa que el asociado tiene derecho de control en la A. en P., este derecho puede resultar del acuerdo de las partes. Dicho control no deriva, sin embargo, de la participación del asociado en la titularidad del negocio, porque externamente ella corresponde en forma exclusiva al asociante, sino -- del hecho de su aportación y de la consiguiente participación en las utilidades y pérdidas de los mismos negocios y operaciones (62).

En la doctrina Giovanni Grandi (63) considera que las partes pueden pactar la facultad del asociado de vigilar la gestión; es decir, de ayudar al titular, de limitar sus actividades, ejercitar control sobre los balances, sobre la tenencia de la contabilidad y de los libros de comercio, etc. Estimamos, -- que esta afirmación es correcta, y aunque en este -- sentido se confirmaría que existe reunión de recursos y de esfuerzos entre asociado y asociante, no podemos aceptar que, entonces, se constituye una sociedad irregular, u oculta entre los contratantes (64), porque no obstante la intervención del asociado, no existe entre ambos la affectio societatis; es decir, no hay la intención de las partes de constituirse socios de una sociedad, y porque aunque el asociado -- aporte su industria, y realice externamente actividades de la negociación mercantil, no lo hace a nombre

de algún ente, sino a nombre y por cuenta del asociante.

Por ello, no podemos limitar el derecho de control del asociado sólo en lo que se refiera a una rendición de cuentas; es decir, que si bien debemos adecuarnos a la figura del asociado y considerar sus derechos como partícipe que es de la A. en P., no podemos considerar que el control que pueda tener en el contrato sólo sea en cuanto a los resultados y que no tenga derecho alguno de realizar y verificar las operaciones objeto de la A. en P.

### 2.3.3 Restitución de los bienes aportados.

Cuando el asociado aportó únicamente el uso o goce de un bien y no transmitió la propiedad, tiene derecho a que tal bien se le restituya.

En efecto, las cosas suministradas por el asociado pasan posesión del asociante y respecto a terceros le pertenecen en propiedad (art. 257 L.G.S.M.); pero en sus relaciones internas, las partes pueden estipular que las cosas dadas en aportación sean restituidas en especie, o en su defecto, tengan derecho al resarcimiento de daños. Tal restitución obedece a que se aportan bienes para una negociación mercantil, pero una vez concluida ésta y no absorbi

dos aquellos bienes por las pérdidas, deben reingresar al patrimonio de su propietario. Lo que acontece es, que el asociante no se convierte en propietario del bien, porque, si lo fuera podría disponer de él, lo cual no puede hacer en aquellos bienes de los que el asociado sólo aportó su uso o goce, y quien tiene la facultad de disponer de ellos es su propietario.

Lo cierto es, que ni interna ni aun externamente el asociante tiene la propiedad del bien aportado, cuando este bien no se transmitió con las debidas formalidades (65). Si la simple tradición de los bienes implicara la transmisión de la propiedad, el asociante no tendría obligación de restituir dichos bienes al asociado, y los terceros acreedores de aquél, podrían ejercitar sus acciones contra el asociante y obtener sus créditos con los bienes aportados por el asociado, lo cual no pueden hacer, sino, en todo caso, en los bienes muebles e inmuebles no registrables o en aquellos que el asociado hubiera transmitido debidamente la propiedad.

Pero si el asociado no transmitió la propiedad del bien, repetimos, tiene derecho a la restitución, o en su defecto al pago del bien o al resarcimiento; pero este derecho se encuentra limitado en cuanto a que resulten pérdidas en las operaciones (66).

El hecho de que, en este supuesto, el asociado

no pueda accionar para obtener la restitución de los bienes o la suma aportados, hasta en tanto no hayan sido satisfechos los otros acreedores del asociante, responde a la idea de que es partícipe de las deudas contraídas por el asociante, hasta el monto de su -- aportación según la ley, y si pidiese, antes de que el asociante realice el pago a sus acreedores, la -- restitución del bien aportado, seguramente no participaría en las pérdidas y sólo el asociante respondería de ellas, desvirtuando con ello el propósito -- de compartir el alea de una negociación mercantil, -- pero concluida la liquidación, el asociante debe --- reintegrar al asociado los bienes que éste hubiera -- conferido sin transmisión de propiedad. (67).

Por otra parte, el asociado, cuando existen --- otro u otros acreedores del asociante (cfr. art. 5o. L.G.O.S.P.), tiene derecho a pedir su quiebra, si és te se ha hecho deudor de las utilidades y del capital, y no le paga puntualmente (art. 2, fr. I, Ibid.) (68).

#### 2.4 Distribución de utilidades y pérdidas

La participación en las utilidades y en las pér didas constituye un derecho y a la vez una obliga--- ción de las partes.



El asociante debe participar al asociado en -- las utilidades y en las pérdidas que resulten de la A. en P., en la proporción convenida en el contrato, pero si nada se ha pactado la distribución se hará -- en la forma establecida por la L.G.S.M. (art. 16 y -- 17).

Nuestra L.G.S.M., y en general las legislaciones de derecho comparado, establece que el asociado responde de las pérdidas hasta el monto de su aportación. El art. 16, fr. I de nuestra ley, prescribe -- que "la distribución de las ganancias y pérdidas entre los socios capitalistas se hará proporcionalmente a sus aportaciones", de suerte que si asociante y asociado aportaron dinero o bienes, en general esta norma coincidirá con el art. 258 de la misma ley que limita la responsabilidad del asociado al monto de -- su aportación, y en esta medida ambos participan a -- prorrata de sus aportaciones.

Cuando uno de los contratantes aportó unicamente su industria, tiene derecho a obtener la mitad de las utilidades (art. 16, fr. II); situación similar ocurre en las sociedades civiles (art. 2732, fr. III C.Civ.). Si son varios los asociados, y todos ellos aportaron servicios, entre los mismos se dividirá -- por igual la mitad de las ganancias, y la otra corresponderá al asociante ( también cfr. art. 2732, fr. IV, C.Civ.).

Para la distribución de las pérdidas, nuestra L.G.S.M. (art. fr. III) estipula que el "socio industrial no reportará las pérdidas". Consideramos que este precepto no se aplica a la A. en P., o cuando más que se aplica raramente; en efecto, tanto el asociante como el asociado pueden aportar únicamente -- servicios -- pero no podrían existir sólo aportaciones de este genero, se requiere que existan también de capital-, y ambos pueden pactar en el contrato de A. en P., que se participe en las pérdidas aunque la -- aportación sea de industria, en virtud de que el precepto de la L.G.S.M. relativo a la distribución de -- éstas, sólo se aplica a falta de estipulación de las partes (cfr. Art. 258 L.G.S.M.); ahora bien, si no se pactó nada, se podría suponer que se aplica la Fr. III del citado art. 16, que "el socio industrial" no reporta pérdidas. Debemos recordar, que la distribución de pérdidas y de ganancias sólo surte efectos -- entre los contratantes y no frente a terceros, ante quienes el asociante responde de manera exclusiva e -- ilimitada.

Por otra parte, el asociado, interna y aun externamente, en nuestro derecho, sólo tiene una responsabilidad limitada al valor de su aportación, --- cuando no se ha estipulado otra cosa; lo que significa que, si las deudas contraídas por el asociante, -

quien ha aportado sus servicios, son superiores al monto de la aportación del asociado, dicho asociante responderá del excedente, a pesar de ser "socio industrial".

Además, creemos que no deben excluirse de las pérdidas a ninguna de las partes cuando su aportación sea de industria. En realidad, lo que sucede, como queda dicho, es que prestando su trabajo reportan pérdidas, por cuanto que no reciben una contraprestación como remuneración por sus servicios, y en esta medida, con estos han participado en las pérdidas de la negociación (69). Esta posibilidad de pérdidas en el contrato de A. en P. le atribuye el carácter aleatorio, pero sólo en cuanto a sus resultados.

### 3. Propiedad de los bienes aportados.

Expresa nuestra L.G.S.M. que respecto a terceros los bienes aportados por el asociado pertenecen en propiedad al asociante (art. 257); esta transmisión de propiedad, obedece a una justificación de tipo histórico, en virtud de que normalmente se aportaba dinero para la realización de una o varias operaciones de comercio, y dada la confusión que se operaba en lo aportado y lo propio de quien realizaba las operaciones, el gestor empleaba el capital en su nombre personal y el derecho de propiedad del partícipe

se convertía en un mero derecho de crédito.

Ahora bien, en razón de que por la A. en P. no se crea un ente con personalidad jurídica propia, y tampoco hay un patrimonio social, los bienes que se aportan para la realización de las operaciones o la explotación de una negociación mercantil no ingresan a algún ente social, porque no existe ninguno, sino al patrimonio de quien ha de realizar tal actividad económica; pero debemos precisar en qué calidad entran al patrimonio del asociante, y, si es necesario o no la titularidad del derecho de propiedad de esos bienes.

Decir que respecto a terceros los bienes aportados pertenecen en propiedad al asociante significa - que las aportaciones del asociado se entregan por un título traslativo de dominio (cuando menos frente a terceros) (70); pero, decir "frente a terceros" implica también que entre los contratantes cada uno -- conserva la propiedad de dichos bienes, y que en tal caso, el asociante no tiene dicha propiedad. Incluso, para la realización de los fines del contrato de A. en P., en algunas ocasiones, no se requerirá de dicha propiedad.

En efecto, parecería un "error de economía jurídica" conferir tal titularidad al asociante, como manifiesta Candian (71), quien considera que el aso---

ciante sí adquiere la propiedad de esos bienes, ya - que si únicamente se diere la disposición de ellos - al asociante, los terceros acreedores de éste carecerían de la garantía debida sobre dichos bienes, los cuales no responderían, entonces, de las deudas de la A. en P.

Al respecto, nosotros no sólo sostenemos que - el asociante no tiene la titularidad de la propiedad de los bienes aportados por el asociado, sino que ni siquiera tiene la disposición amplia y precisa de -- ellos, ya que aquélla es presupuesto de ésta. En --- efecto, nuestro derecho común establece que el pro--pietario de una cosa puede gozar y disponer de ella con las limitaciones y modalidades que fijen las leyes (art. 830): en este supuesto, quien es propietario de una cosa puede disponer de ella, y si el aso--ciante puede libremente disponer de los bienes que - el asociado le aportó, podríamos llegar a la conclu--sión que efectivamente tiene la titularidad del derecho de propiedad sobre esos bienes, ya que tal disposición es el atributo esencial de la propiedad (73).

Para precisar, debemos recordar que las caracteristicas propias del derecho de propiedad son el - jus utendi, jus fruendi y el jus abutendi; es decir el derecho de usar la cosa y obtener la utilidad que pueda procurar, el derecho de gozar de una cosa per-

cibiendo los frutos del bien tanto por actos materiales como jurídicos, y por último el derecho de "abusar" de la misma disponiendo de ella, vgr. consumiéndola o enajenándola (74). Si con estas prerrogativas cuenta el asociante, entonces efectivamente tiene la propiedad de las aportaciones, pero, si únicamente tiene un poder de hecho sobre la cosa que no coincide con el de propiedad y sólo tiene el corpus, detención y goce de los bienes, y el animus, voluntad de tener la cosa como propietario y de servirse de ella para los fines propuestos, entonces no es propietario, sino un poseedor de las aportaciones.

Y cuando en virtud de un acto jurídico el propietario entrega a otro una cosa, concediéndole el derecho de retenerla temporalmente en su poder en calidad de usufructuario, arrendatario, acreedor pignoraticio, depositario u otro título análogo, los dos son poseedores de la cosa, el que la posee a título de propietario tiene la posesión originaria y el otro una derivada (art. 791 C.Civ.) (75).

En este orden de ideas, el poseedor derivado es el tenedor temporal de la cosa o derecho para disfrutarla y conservarla, y corresponde el dominio y disposición de la misma al propietario; de donde resulta que el asociante, de manera semejante que el arrendatario o el depositario, no tiene la propiedad

de las aportaciones del asociado, sino solamente la posesión, y que la norma del art. 257 de nuestra L. G.S.M. debe interpretarse en el sentido de que respecto a terceros el asociante es propietario de los bienes muebles e inmuebles no registrables aportados por el asociado; y, en cuanto a los demás bienes sólo adquiere la posesión, o sea, la facultad de detenerlos, la voluntad de tener dichos bienes como propietario y el derecho de disfrutarlos y conservarlos, pero no la propiedad, la cual corresponde al asociado.

El supuesto que algunas legislaciones plantean (cfr. el art. 361 C.Co. de Venezuela), de que el asociado no tiene algún derecho de propiedad sobre las cosas otorgadas para la A. en P., aunque hubieren sido suministradas por él, parecería confirmar que las aportaciones pasan a propiedad del asociante; sin embargo, aun en estas legislaciones, para que surta efectos la transmisión de propiedad, se requiere satisfacer las formalidades propias a la naturaleza del bien y a la calidad de la transmisión, por lo que el asociante no adquiere la propiedad de dichos bienes por la simple tradición que de ellos hace el asociado, sino se requiere analizar el tipo de bien y la naturaleza de su transmisión.

Debemos concluir que los aportes, a falta de pa

trrimonio social, permanecen en propiedad de sus apor-  
tadores, a menos que una convención particular haya  
fijado su suerte de manera diferente (76), pero si -  
no se inscribe en los registros públicos la transmi-  
sión de la propiedad a favor del asociante, afirma-  
mos que sólo se transmite la posesión (el uso y goce  
de ellos) (77).

Esta interpretación no deja indefensos a los --  
terceros acreedores del asociante, puesto que la mis-  
ma ley señala que "...A no ser que por la naturaleza  
de la aportación fuere necesaria alguna otra formali-  
dad, o que se estipule lo contrario y se inscriba la  
cláusula relativa en el Registro Público de Comer-  
cio..." (art. 257). Es decir, que el principio gene-  
ral (los bienes aportados, respecto a terceros, per-  
tenecen en propiedad al asociante) presenta serias -  
excepciones; o sea, que para que el asociante sea --  
propietario de un bien mueble o inmueble registra-  
bles, la transmisión de la propiedad debe cumplir --  
las formalidades legales de la transmisión, sin las\_  
cuales subsiste como propietario su aportador, y si  
se cumplieron tales formalidades los terceros acree-  
dores del asociante pueden hacer efectivos sus crédi-  
tos sobre dichos bienes.

Otra excepción se presenta cuando tampoco se --  
transmite la propiedad y de ello consta en una de --  
las cláusulas del contrato de A. en P. En este su-  
---



puesto la L.G.S.M. exige, para que surta efectos --- frente a terceros dicha cláusula, su inscripción en el Registro Público de Comercio; nosotros sostenemos al respecto que, no es necesaria esa inscripción en los registros públicos porque no se necesita reser-- var la propiedad si el propietario es quien aparece como tal en esos registros públicos, además dicha -- norma sólo podría operar tratándose de bienes mue--- bles e inmuebles no registrables, en virtud de que - en tales supuestos la posesión del bien hace título; a no ser que el tercero tenía o debía tener conoci-- miento de que la propiedad correspondía al asociado (interpretación del art. 257 L.G.S.M., lo cual cons-- tituiría otra excepción a la regla general).

Esto significa que tratándose de bienes mue--- bles e inmuebles no registrables, aun cuando se ---- transmita su propiedad, los terceros acreedores del asociante, haciendo valer su buena fe, tienen a su - favor la presunción legal de que es propietario el - poseedor del bien (art.798 C.Civ.), aún cuando el -- asociado no haya transferido la propiedad de ellos - (78).

En efecto, el art. 3003 del C.Civ. antes de la reforma de fecha 28 de febrero de 1978 publicada en el D.O. de 3 de enero de 1979 (al igual que el actual art. 26 del C.Co.) señalaba que "los documentos que-- conforme a esta ley deban registrarse y no se regis-

tren, sólo producirán efectos entre quienes los otorguen, pero no podrán producir en perjuicio a tercero, el cual sí podrá aprovecharlos en cuanto le fueren favorables". El actual art. 3007 no alude al beneficio a que pueden acogerse los terceros, únicamente expresa que no producirán efectos en perjuicio de tercero; lo que significa que contrario sensu puede aprovecharlos en su beneficio.

### 3.1 Supuestos de transmisión de aportaciones.

En este orden de ideas, se dan varios supuestos, a saber: 1) Que los contratantes no pacten nada al respecto y den su aportación; en tal caso estaremos frente a la transmisión de la posesión de bienes muebles o inmuebles registrables, pero no de la transmisión de la propiedad, ni aun frente a terceros, quienes, en cambio, pueden presumir que los bienes muebles e inmuebles no registrables son propiedad del asociante.

2) Que el asociado dé su aportación y determine la calidad de ella; en este supuesto se está a lo pactado por las partes, a los términos del contrato, y para que el pacto surta efectos respecto a terceros, si en dicho pacto se reserva la propiedad, debe inscribirse en el Registro Público de Comercio (de acuerdo con el art. 257, pero ya expusimos que no es necesaria dicha inscripción).

Ahora bien, de acuerdo con el Reglamento del Registro Público de Comercio publicado en el D.O. el 29 de enero de 1979, sólo son registrables, (art. 29, fr. III) los documentos privados debidamente ratificados según la ley lo determine, en cuanto a la inscripción de la A. en P. o de sus cláusulas no existe disposición alguna, por ello tendríamos que admitir, que dentro de esta disposición se prevé la inscripción de la cláusula del contrato en el que se reserva la propiedad, para que tuviera efectos con terceros (79).

Aunque, en realidad, no sería la cláusula la única que se inscribiría, sino que por efecto de la inscripción de ésta, también se daría a conocer el contrato, porque en toda inscripción debe expresarse: "la naturaleza del acto o contrato de que se trate, su objeto, valor, intereses, plazos, condiciones y nombres y apellidos de quienes intervienen en él " (art. 39 del Reglamento), y si los contratantes omiten dicha inscripción, el pacto de reserva de propiedad no producirá perjuicio alguno a terceros, los cuales sí podrán aprovecharlo en lo que le fuera favorable (art. 26 C.Co.).

3) Cuando el asociado aporta bienes para cuya transmisión requieran de alguna formalidad, deberán cumplir las partes con ella; así la transmisión de propiedad de bienes inmuebles y muebles se rigen por

las disposiciones del derecho común, por lo que sólo mediante el cumplimiento de ciertas formalidades opera la transmisión, y en tanto no se cumplan, el propietario será quien aparezca como tal en el registro público, y si lo es el asociado los terceros deben saber que éste es el propietario, además saben que el asociante no puede disponer de ellos en virtud de que él no es el propietario (80).

Nuestro C.Civ. determina los actos y contratos que deben inscribirse en el registro público, y dentro de ellos señala (art. 3002, fr. I): " los títulos por los cuales se adquiere, transmite, modifica, grava o extingue el dominio, la posesión o los demás derechos reales sobre inmuebles...". También establece que en muchos casos la forma que debe satisfacer un acto o contrato sea la notarial, pues señala que: (art. 2317).

" las enajenaciones de bienes inmuebles cuyo valor convencional no sea mayor de \$500,00 y la constitución o transmisión de derechos reales estimados -- hasta la misma cantidad o que garanticen un crédito no mayor de dicha suma, podrán otorgarse en documento privado firmado por los contratantes ante dos testigos, ratificado ante notario".

Por su parte el art. 2320 prescribe el otorgamiento de la escritura pública, si el valor del in--

mueble que se pretende vender excede de la cantidad anterior. Por lo que toca a la Ley del Notariado para el Distrito Federal (81), reforma el contenido de algunas disposiciones del derecho civil y respecto a nuestra materia, transmisión de propiedad, deroga en su art. 6o. transitorio esas disposiciones señaladas anteriormente, en la medida en que se oponen a lo -- previsto por la ley.

En efecto, la ley de referencia, establece el otorgamiento de escritura pública ante notario para las enajenaciones de bienes inmuebles cuyo valor -- bancario sea mayor de \$ 30,000, y para la constitu-- ción o transmisión de derechos reales estimados en más de esa cantidad, o que garanticen un crédito por mayor cantidad (art. 78). De aquí se deduce que, si-- bien, en principio no se exige el registro de la A. en P., sino la forma escrita, es cierto que se re--- quiere también observar la inscripción de la transmi-- sión de bienes y derechos registrables, cuando la -- aportación del asociado tenga por objeto la propie-- dad o algún derecho diverso sobre ella (82), y consi-- guientemente con dicha inscripción se llega a la ins-- cripción del contrato de A. en P. (83); de ahí que, si tales formalidades se omiten, no puede presumirse que en asociante tenga la propiedad de las aportacio-- nes, sino en todo caso, dicha presunción opera res-- pecto a los bienes muebles en virtud de que se presu

me propietario quien es su poseedor; por ello, creemos que al asociante, ni aun respecto a terceros, - le pertenece la propiedad de dichas aportaciones, si no sólo de aquellos bienes muebles o inmuebles no registrables, porque en los otros casos de bienes, no sólo interna, sino también externamente, cada uno -- permanece propietario de ellos, a no ser que se estipule lo contrario y se cumplan las formalidades previstas para aquellos bienes que por su naturaleza y cuantía así lo requieran.

4) Cuando no se registra la estipulación de las partes, que consiste en que no se transmite la propiedad, sino un derecho diverso, aquélla surte sus efectos si se prueba que el tercero tenía o debía tener conocimiento de la misma (art. 257) in fine, L.G.S.M.) (84); materia de prueba constituye este su puesto, y la carga de ella corresponde al asociado - quien es el principal interesado en demostrar que no se transmitió la propiedad, o que el tercero es de mala fe puesto que sabía o debía saber que el asociado era el propietario y no el asociante.

Al respecto nuestra Ley de Quiebras, prevé que pueden separarse de la masa del quebrado los bienes que pueden ser reivindicados (art. 159, fr. I), pero no alude expresamente a los bienes dados en A. en P. como sí lo hace en derecho extranjero el C.Co. del -

Brasil, que establece que el asociado puede reivindicar sus bienes en caso de quiebra del asociante, a condición de probar que dicho tercero tenía o debía tener conocimiento, antes de la quiebra, de la existencia de la A. en P. Pero se prevé en nuestra ley que se pueden separar aquellos bienes que se encuentren en las situaciones previstas en las fracciones del art. 159 o aquellos que se encuentren en otras situaciones análogas y las establecidas; de ahí, que en forma extensiva podemos considerar a los bienes de los que el asociado no transmitió la propiedad, sino un derecho diverso.

Los supuestos que hemos considerado, confirman que el asociante no tiene ni frente a terceros la propiedad de los bienes aportados, cuando ésta no se transmite por el asociado con las debidas formalidades, y cuando esto no acontece, el asociante no tiene la libre disposición de esas aportaciones y por ello no podría (disponiendo de ellos) vender los bienes, ya que para que la compraventa surta efectos se requiera que el vendedor tenga la propiedad del bien que pretende vender (art. 2269 C.Civ.), porque la venta de cosa ajena es nula (2270 C.Civ.), y nula sería la venta que el asociante pretendiera realizar de los bienes aportados y de los cuales no se le transmitió la propiedad; porque al final de cuentas la aportación de dicho asociado "no significa mate--

rial consigna o transferencia del bien, sino significa asunción de la obligación de otorgamiento" (85)

5) Por último, debemos señalar que para la legislación francesa (art. 1872 C.Civ.), las aportaciones pueden constituir indivisión entre los contratantes; el principio general es, en el sentido de que cada socio permanece propietario de sus bienes, pero los socios pueden pactar que los bienes que ingresen a la "société en participation", o aquellos que se adquieran durante ella (párrafo tercero) permanezcan en indivisión; también se reputan indivisos los adquiridos por empleo o reemplazo de dinero mientras dure el contrato, y aquellos que se encuentran ya en indivisión después de ser puestos a disposición de la A. en P. (párrafo segundo); también pueden convenir que, respecto a terceros, cada miembro sea propietario de todo o parte de los bienes que se adquieran por el contrato (párrafo cuarto). Finalmente se prevé que hasta en tanto no sea disuelto el contrato, las partes no pueden demandar la participación de bienes (art. 1872-2, segundo párrafo).

Recobra, pues, gran importancia determinar la propiedad de las aportaciones, en la medida en que en la quiebra del asociante concurrirán y pertenecerán a la masa del quebrado, todos aquellos bienes y derechos que constituyen su patrimonio, y si dentro de éste se encuentran los que otorgó el asociado, és



te no podría alegar derecho alguno emanado del contrato de A. en P. (cfr. los arts. 159 y 159 L.G.Q.S. P.).

Creemos necesario advertir, que nosotros estimamos que, no se debe caer en el error de considerar que porque el asociado no puede intervenir directamente en la administración de la negociación del asociante, no le corresponda el derecho de propiedad sobre los bienes que ha aportado (86); puesto que si no se realizó la transmisión de bienes con las consabidas formalidades, no se puede considerar que la propiedad de ellos corresponda al asociante (87). Que el asociado no pueda sustraerlos del patrimonio del asociante, se deriva del hecho que se obligó a aportar dichos bienes o algún derecho real sobre los mismos para participar en el alea de la negociación, y si los sustrae dejaría de cumplir con dicha obligación, sin embargo, sigue siendo propietario.

De ahí, que los terceros no puedan adquirir la aportación del asociado, si saben que es de su propiedad, y si se trata de bienes inmuebles, deben cerciorarse en los registros públicos a quién le pertenecen, si aparecen a nombre del asociado se presume que lo saben y que deben saber que el asociante no puede disponer de ellos. En cuanto a bienes muebles la posesión equivale al título para terceros.

En este sentido; la Suprema Corte de Justicia ha manifestado que: "... La aportación de un bien raíz a una asociación en participación debe 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 Ley de sociedades mercantiles en relación con el artículo 2660 del código civil; supletorio de la ley mercantil, y los terceros a quienes al asociante venda ese bien están en posibilidad y obligación de saber que la propiedad de tal bien no ha pasado al dominio del asociante" (89).

Consideramos importante transcribir parte de otra decisión de nuestro Supremo Tribunal:

ASOCIACION EN PARTICIPACION, PROPIEDAD DE LOS BIENES APORTADOS (FICCION).- El mecanismo de la ficción consiste en una asimilación inexacta, pero necesaria, de la figura jurídica a la realidad del supuesto jurídico... El artículo 257 de la Ley General de Sociedades mercantiles no establece ni puede establecer ficciones, porque ninguna parte de la ley expresa que el principio de que los bienes aportados pertenezcan en propiedad al asociante, sea un principio absoluto, sin salvedades ni excepciones. Los terceros no podrán ignorar esas limitaciones al principio que se cree absoluto, las que por cierto se han creado en beneficio de los mismos terceros..." - "Amparo Directo 2940/55, GUSTAVO ROCHA; citado ante-

riormente, p. 72 y 73).

No podemos desconocer estos criterios, por ello, debemos concluir con Solá Cañizares que "para los -- terceros el propietario de los bienes de la participación será quien sea su legítimo titular, según las reglas del derecho" (89).

#### 4. Relaciones con terceros

##### 4.1 Principio general.

La A. en P. no constituye un ente colectivo distinto de las personas de los contratantes, y los terceros solo adquieren derechos y asumen obligaciones frente a la persona con quien contrata, o sea, el -- asociante.

El asociante es, pues, titular de las operaciones o negocios que se celebran; él es el único que tiene vínculos jurídicos con terceros frente a los cuales responde con todo su patrimonio, que se acrecenta con la aportación del asociado. En nuestro derecho (art. 256), uno de los contratantes es quien realiza las operaciones en su nombre. La legislación francesa, como hemos dicho, admite que ambos contratantes traten en su nombre con los terceros, y, en este caso, cada uno de ellos responde por las operaciones realizadas (90), sin que la actuación de algu

no de ellos, en determinado negocio, comprometa la responsabilidad de aquellos otros asociados que no tomaron parte en tal negociación, en virtud de que quien actúa responde a nombre personal.

Precisamente, porque el asociante obra a nombre propio, es el único que responde frente a terceros (91); ese "obrar a nombre propio" entraña que los actos que realiza el asociante, directamente ó a través de representante, deben cumplirse en su nombre y responsabilidad, lo que implica también que sólo él tiene capacidad procesal, tanto activa como pasiva para todos los actos que realiza, en consecuencia, que los acreedores que resulten de dichos actos podrán dirigirse sólo en su contra y viceversa (cfr. arts. 284 C.Co. y 2561 C.Civ.) (92).

Ello porque el asociante no actúa como administrador o representante del asociado, sino a decir de Vivante, como un comerciante que administra sus propios asuntos y "puede disponer de los mismos como le plazca" (93); él es el único que contrae vínculos jurídicos con terceros y de ellos es acreedor o deudor, según el caso, por actos y contratos celebrados con motivo de la A. en P., así como por cualquier otro; de ahí que su patrimonio responde tanto de unos como de otros (94).

El asociante responde frente a terceros con todo

su patrimonio, y por supuesto con las aportaciones - del asociado, inclusive por operaciones diversas a - las que sean propias de la A. en P., si dicho tercero ignoraba la existencia del contrato, o no tenía - porqué conocerlo. A su vez el o los asociados tienen acción contra el asociante, si este no respeta las - instrucciones y límites de la A. en P. (95).

En principio, los terceros solo adquieren derechos y obligaciones con el asociante, de ahí que su patrimonio responda tanto de operaciones de la A. en P. como de otras obligaciones o deudas adquiridas -- por operaciones distintas. En este sentido se podría decir que sus acreedores son de una categoría, en -- cuanto que no existe distinción entre aquéllos por -- actos de la A. en P. y acreedores particulares (96). En caso de quiebra del asociante tienen preferencia: 1o. Sus acreedores singularmente privilegiados; 2o. Los hipotecarios; 3o. Los que tienen privilegio especial y 4o. Los acreedores comunes de operaciones mercantiles (art. 261 L.G.Q.S.P.), lo que significa, -- que inclusive los acreedores particulares del aso---ciante pueden tener preferencia sobre aquellos derivados de la negociación mercantil. Si se trata de -- operaciones mercantiles, no hay distinción entre los -- acreedores que son por operaciones propias del aso---ciante y los que resultan de las operaciones de la = A. en P.

Por ello, en el ejercicio de sus acciones los terceros pueden perseguir y ejecutar todos los bienes que constituyen en patrimonio del asociante, incluyendo los bienes aportados por el asociado, salvo aquellos que requieran para su transmisión alguna -- formalidad y esta no se hubiere cumplido, sin que dicho asociado pueda oponer la existencia del contrato o la titularidad de la propiedad, independientemente de que se trate de acreedores por créditos que hubieren surgido de la explotación de la negociación en -- que se participa, o de que se trate de acreedores -- particulares del asociante (97).

Pero los acreedores pueden demandar al asociante y sólo sobre su patrimonio pueden ejecutar; no se podrían admitir actos de ejecución sobre un patrimonio social que no existe (98), tampoco procedería la quiebra de un ente social que no existe; ni podrían ejecutar sobre el patrimonio del asociado que permanece como si no existiera, en virtud de que el asociante actúa como exclusivo dominus a nomine proprio, y no nomine alieno, aun cuando en las relaciones recíprocas, entre asociante y asociado, participe a éste de las eventuales pérdidas del asociante, en la -- proporción convenida o en determinada por la ley; e incluso, aunque tuviere el derecho de exigir al asociado el cumplimiento de su obligación de aportar, -- valiéndose a este efecto, de los medios que la ley --

concede al acreedor (cfr. art. 128, fr. IV, inciso - C, L.G.Q.S.P.) Pero frente a terceros sólo el gestor aparece y se vincula (99) y también exclusivamente - él puede ejercitar los derechos adquiridos en virtud de los negocios jurídicos que hubiere celebrado ---- (100), y que al mismo tiempo ha realizado en nombre propio y no como representante, ni menos como órgano de alguna voluntad colectiva.

#### 4.2. El asociado y los terceros

Hemos dicho que los terceros adquieren derechos y asumen obligaciones exclusivamente frente al aso-- ciante, que no hay relaciones entre aquellos y el -- asociado, quien permanece oculto o no realiza las -- operaciones de la A. en P. (101); de ahí, que éste - no responda frente a terceros, aun cuando dichos ter-- ceros conozcan su condición de asociado, excepto en los casos en que éste como tal asociado actúe en las operaciones con los terceros, o bien, que la ley pre-- vea su responsabilidad solidaria (cfr. art. 1917 C. Civ.).

Los acreedores del asociante por operaciones de la A. en P. no pueden ejercitar acción directa contra el asociado; les corresponde únicamente la acción -- oblicua o subrogatoria, por la contribución que adeu-- de el asociado al gestor (102), y solamente cuando - llegaran a conocer la relación entre asociante y aso--

ciado. Excepción de esta regla es el caso de que el asociante, fraudulentamente dispensará al asociado de la entrega de su aportación o de parte de ella; porque entonces, los terceros, al conocer tal actuación fraudulenta, tendrían derecho a invocar la acción pauliana ( arts. 2163, 2169 y s. C.Ci.).

En efecto, los que tratan con la persona que de su nombre al negocio, sólo tienen acción contra ésa y no contra las demás interesadas, ni siquiera cuando el negocio sea en provecho de éstas, ni aún por la parte que correspondiese a dichas interesadas (asociados) en ese negocio; pero éstas tampoco tienen acción contra los terceros que contratan con el asociante, salvo que mediase una cesión de derechos del asociante al asociado o que procediese una acción oblicua.

En principio todo asociado carece de legitimación pasiva para responder de las acciones deducidas por actos del asociante, y de la misma manera falta la correspondiente legitimación activa de los terceros para invocar dichos actos frente al asociado (art. 256 L.G.S.M), quien ordinariamente sólo responde de manera limitada por el valor de su aportación, frente al asociante. Hay casos en que se modifica dicha responsabilidad, a continuación, exponemos de manera breve algunas consideraciones sobre esta responsabilidad no solo frente al asociante, -



sino frente a los terceros.

#### 4.2.1 Obligación solidaria del asociado.

En nuestro derecho positivo, con excepción de las operaciones de crédito (art. 5o. L.T.O.C.); la solidaridad no se presume, resulta de la ley o de la voluntad de las partes (art. 1988 C.Civ.), por lo -- que, en materia de A. en P., tampoco cabe la obligación solidaria del asociado, ni aun cuando haya dado a conocer su participación, o que realice actos de -- la negociación, ya que en este último caso respondería directamente por ellos de la misma manera que -- responde el gestor.

Algunas legislaciones establecen supuestos de solidaridad para el asociado; a) Cuando celebra o -- cuando firma con el asociante los contratos pactados con terceros, sin expresar la participación que cada uno adquiere; en este caso, ambos quedan solidaria-- mente obligados, aunque sus aportaciones sean distin-- tas y separadas (art. 449 C.Co. del Uruguay); b) --- cuando el asociante, con el consentimiento del aso-- ciado da a conocer su nombre, entonces también, am-- bos quedan solidaria e ilimitadamente obligados con terceros (art. 363 Ley de Sociedades argentina)(103); en este supuesto, el C.Co. del Uruguay exige que el -- consentimiento se otorgue por escrito. En Colombia, -- la solidaridad surge desde la fecha en que desapare-

ce el carácter oculto del asociado, ya sea porque él lo revele o porque autorice que se dé a conocer.

En el derecho francés, cuando los participantes actúan en calidad de socios, cada uno de ellos es considerado obligado solidario por las obligaciones nacidas en actos cumplidos en tal calidad por la otra parte (art. 1872-1, párrafo 2o. C.Civ.).

En estos casos, el carácter oculto de la participación parece ser esencial, en virtud de que su publicidad trae aparejada una sanción para el asociado, si éste la ha consentido; sería exagerado considerar que bastaría el conocimiento por terceros de la participación del asociado, independientemente de su consentimiento, para hacerlo responsable solidario o ilimitado frente a dichos terceros, porque además de provocar inseguridad en la calidad de asociado para quienes quisieran participar en un negocio, aportando únicamente bienes o servicios, y desatendiéndose de su realización, tendría que llegarse a la conclusión de que se trata de un contrato clandestino, como si no fuera lícito celebrarlo.

#### 4.2.2 Obligación directa del asociado.

Sin olvidar que, en principio, el asociado no entra en relación con los terceros, y que no tiene responsabilidad frente a ellos de las obligaciones asumidas por el asociante; debemos precisar que si -

ese asociado contratará en su nombre propio como único dueño de los negocios dados en A. en P., se obligaría él mismo, en los mismos términos del asociante, y respondería directamente con su patrimonio individual, frente a quienes hubiere contratado; y en este caso también podría accionar directamente en contra de dichos terceros (104).

#### 4.2.3 Acción subrogatoria.

Ignorado o conocido que sea el asociado, no realiza las operaciones de la negociación, por eso, en principio, los acreedores del asociante no pueden -- exigirle ningún pago ni el cumplimiento de sus obligaciones, porque la obligación de entregar su aportación, y cumplir en general sus obligaciones, es de carácter interno, y no interesa (también en principio) a dichos acreedores, quienes, sin embargo, están en posibilidad del ejercicio de la acción subrogatoria cuando cumplan con los requisitos exigidos -- para invocarla, y del mismo modo, ex converso, el -- asociado puede ejercitar la misma acción contra los terceros deudores del asociante en las mismas situaciones. (105)

En efecto, la A. en P. no constituye un ente social, una sociedad, sino un contrato que no extiende su propia eficacia a más allá de las relaciones entre los contratantes; con razón el art. 256 de nuestra L.G.S.M. prescribe que: " el asociante obra en --

nombre propio y no habrá relación jurídica entre terceros y los asociados:. El principio general consiste en que el contrato sólo liga a las partes que lo celebran, res inter alios acta nec aliis nec ve noc et necue prodest, cuyo fundamento estriba en la voluntad de las partes para obligarse; sin embargo, -- existen excepciones a esta regla general, de que el contrato sólo produce derechos y obligaciones inter partes; como: la estipulación a favor de terceros y la acción subrogatoria, a través de las cuales la A. en P., como cualquier otro contrato, puede producir efectos respecto a terceros.

El ejercicio de la acción subrogatoria por los acreedores del asociante, puede operar en nuestra materia; así el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal la prevé en su art. 29, que impone como regla general del postulado de que ninguna acción puede ejercitarse sino por aquel a quien compete, o por su representante legítimo; también establece que cumplidos ciertos requisitos, el acreedor pueda ejercitar los derechos que correspondan a su deudor.

Esos requisitos para ejercitar la acción subrogatoria son: a) Que conste su crédito en título ejecutivo; b) Que el deudor haya sido compelido para -- deducir sus deudas y descuide o rehuse hacerlo, y c) Que las acciones que ejercite no sean derivadas de --

derechos inherentes a la persona del deudor.

Si se satisfacen tales requisitos, los acreedores del asociante, que en principio sólo tienen acción contra él, pueden hacer valer sus derechos, primero frente al asociante en virtud de las operaciones que los ligan, y, después contra el asociado, si conocen su participación, a quien pueden exigir que cumpla con la obligación que hubiere dejado de cumplir con el asociante (106); es decir, pueden exigir que entregue la aportación que no entregó; o que asuma la participación que le corresponda en las pérdidas de la negociación.

La utilización de la acción subrogatoria por el asociado o por los terceros no contradice el art. 256 de la L.G.S.M., porque, ciertamente señala que los acreedores del asociante únicamente tienen acción contra él y no contra el asociado; si bien el contrato tiene efectos limitados a las partes, la acción subrogatoria aparece como una excepción para hacer efectivo el pago de las deudas del asociante deudor a los terceros sus acreedores.

Pero, para que pueda ejercitarse dicha acción subrogatoria, deben satisfacerse los requisitos que prevé el art. 29 del citado Código de procedimientos civiles. Es decir, que se haya hecho previa persecución de todos los bienes del deudor, de forma tal --

que sólo por la acción subrogatoria los acreedores - puedan hacer efectivos sus créditos.

De la misma manera y bajo las mismas condiciones, el asociado tiene derecho a invocar la acción subrogatoria. De esta manera puede ejercitar la acción contra los terceros, deudores del asociante, en substitución de éste como acreedor suyo, podrá exigirles el pago de las deudas contraídas con dicho -- asociante por las operaciones de la negociación en - la que ambos (asociante y asociado), hubieran participado del alea (107).

#### 4.2.4. Acción pauliana.

Otra excepción al principio de que el asociante es el único que responde frente a terceros y que no existen relaciones jurídicas entre el asociado y los terceros, la constituye la acción pauliana.

En efecto, los acreedores del asociante tienen derecho a impugnar los reembolsos, quitas, remisiones y compensaciones otorgadas por él al asociado, - cuando de estos resultare la insolvencia del asociante y siempre que el crédito de aquellos fuere anterior a dichos actos (art. 2163 C.Civ.) (108).

Nos encontramos ante actos celebrados en fraude de acreedores, para los que el derecho común concede la acción pauliana al acreedor a efecto de anular tales actos. Así, si el asociante es un comer---

ciante (que es la situación normal) y como consecuencia de haber dispensado al asociado de la obligación de entregar su aportación o de participar en las pérdidas de la negociación, deja de cumplir sus obligaciones con terceros, estos pueden solicitar su quiebra y, a su vez, ésta puede ser fraudulenta de conformidad con el art. 96, fr. I de la L.G.Q.S.P. (cfr. art. 10 *ibid*).

Como en el caso anterior, se trata de proteger a los terceros acreedores del asociante, para que puedan hacer efectivos sus créditos. En el caso de la A. en P. la acción fraudulenta es muy importante, en virtud de que se trata de un contrato oculto, que no se da a conocer a terceros, y como oculto que es, los contratantes podrían, no sólo pactar, sino también simular quitas o remisiones para el asociado, en fraude de los acreedores del asociante.

Sin embargo, aun con dicha acción, y en virtud de que la ley permite mantener oculta la relación jurídica entre asociante y asociado, puede producirse fraude de acreedores, dentro de estos, uno de los más perjudicados parece ser el fisco, no obstante que existe la obligación para el asociado de pagar y declarar el impuesto sobre la renta (cfr. los arts. 1, 2 y 8 de la Ley del Impuesto sobre la Renta), porque de cualquier manera, el contrato permanece oculto, y en consecuencia, los ingresos que dicho asociado obtenga serán también ocultos.

NOTAS AL CAPITULO III

- (1) El art. 1792 del C. Civ. prescribe que convenio es el acuerdo de dos o más personas para - crear, transferir, modificar o extinguir - derechos y obligaciones.
- (2) Excepción hecha a ORTIZ URQUIDI; cfr. "Hechos, actos y negocios jurídicos". Ensayo en revisión a las bases fundamentales de su teoría general, en "Revista de la Facultad de Derecho", UNAM, T. IX. No. 35 - 36, julio-diciembre 1959.
- (3) BORJA SORIANO, Manuel; "Tratado General de las Obligaciones", t.I, Porrúa, México 1968, - p. 97.
- (4) Cfr. CASTAÑEDA, Jorge Eugenio; "El Negocio Jurídico", en "Revista de Derecho y Ciencias - Políticas", Vol. 36, No. 1, Lima, Perú --- 1972, p. 122.
- (5) CASTAÑEDA, Ibid.
- (6) Cfr. RUGGIERO, Roberto de; "Instituciones de Derecho Privado", tr. de Ramón Serrano S. y José Santa Cruz Tejeiro, t. I, Madrid, España 1944, p. 249.
- (7) Cfr. CASTAÑEDA, op. cit. p. 22 y s.
- (8) ORTIZ URQUIDI; op. cit. p. 255.
- (9) SANCHEZ CORDERO Y DAVILA, Jorge; "Teoría general del contrato", en "Introducción al Derecho Mexicano", t.I, UNAM, México 1981, p. 737.
- (10) Cfr. CASTAÑEDA; op. cit., p. 186.



- (11) Cfr. CORNEJO CERTUCHA, Francisco; "Acto Jurídico", en el "Diccionario Jurídico Mexicano", t.I, UNAM, México 1982, p. 84.
- (12) SANCHEZ CORDERO Y DAVILA; op. cit., p. 737 y s.
- (13) Así, Amparo Directo 297/57, José Salas Bretado, en "Informe al S.J.F., Sexta Epoca, Cuarta Parte, Tercera Sala, Vol. XVIII, p.30.
- (14) Así, el art. 747 del C. Civ. expresa que sólo pueden ser objeto de apropiación las cosas que no están fuera del comercio, véase también art. 748 y 749.
- (15) Y para la legislación francesa (art. 1872-1 C. Civ.) de calidad diferente si se trata de una A. en P. de naturaleza civil.
- (16) Cfr. MUGUILLO, Roberto Alfredo; op. cit., p. 79 y s.
- (17) Cfr. ROUSSEAU; "Sociétés Commerciales", t. II, París, Francia 1878, p. 48; sobre el anterior art. 47 del C. Co. galo. El mismo -- ROUSSEAU indica que bajo el imperio de tales ideas se decidió que la A. en P. únicamente tenía lugar en vista de una o varias operaciones que pudieran sucederse, pero de las cuales cada una debía ser seguida de su liquidación; de tal manera -- que aquellas operaciones que comprendían una serie de negocios sobre una especie de mercancías y que establecieran una "sociedad" de intereses continuos, serían sociedades colectivas o en comandita simple, pero no A. en P. cfr. p. 50 y 51.
- (18) Así VIVANTE, CESAR; op. cit., p. 586; GAY DE -- MONTELLA; op. cit., p. 356 y s. y MEZZERA ALVAREZ; op. cit., p. 192.

- (19) Cfr. el art. 268 de nuestro C. Co. vigente en -  
nuestra materia antes de la vigencia de -  
la L.G.S.M., que establecía: "Las asocia-  
ciones comerciales son de dos tipos: Las  
asociaciones momentáneas y las asociacio-  
nes en participación", cfr. también los -  
arts. 269 a 271 del propio C.Co.
- (20) No podría tratarse de una A. en P. de naturale-  
za civil porque para ser A. en P. debe --  
satisfacer los requisitos de los arts. --  
252 y s. de la L.G.S.M.; además su finali-  
dad debe ser de carácter lucrativo; en --  
cambio, en la asociación civil no es si--  
quiera preponderantemente económica.
- (21) Cfr. el art. 2549 del C. Civ. Ítalo. En virtud  
de la unificación de la legislación tanto  
civil como mercantil en un único Ordena-  
miento (C. Civ.), sería difícil determi-  
nar si su naturaleza es de aquél o de és-  
te carácter.
- (22) Cfr. MUGUILLO, ROBERTO ALFREDO; op. cit., p. 72.
- (23) Cfr. la Exposición de Motivos de la Ley de So-  
ciedades argentina, citada.
- (24) Arts. 507 a 511 y 507 a 514, respectivamente de  
sus C. Co.
- (25) Así MEZZERA ALVAREZ; op. cit., p. 192 y ss.
- (26) Así RIPERT; "Tratado... p. 154.
- (27) Cfr. MANTILLA MOLINA. Roberto; op. cit., p.187.
- (28) Cfr. Amparo Directo 2957/57, citado; p. 30; tam-  
bién véanse los Informes al S.J.F., de la  
Quinta Epoca, Cuarta Parte, Tercera Sala,  
tomos CXXIII p. 1978 y CXXX, p. 577; Sex-

ta Epoca, Cuarta Parte. Tercera Sala, Vols. II, p. 46 y LII, p. 77; y de la Séptima -- Epoca, Cuarta Parte, Tercera Sala, Vol. I, p. 14.

- (29) Es decir, sólo de perfección, y el contrato puede probarse por otros medios de los admitidos por la ley. En este sentido, Cfr. Amparo Directo 1198/57, GUSTAVO ESCOBAR, Informe al S.J.F., Sexta Epoca, Cuarta Parte, - Tercera Sala, Vol. X. p. 44.
- (30) Así PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, Bernardo; "De recho Notarial", Porrúa, México 1981. p.64
- (31) Requisito que exige este Código galo cuando se trata de una A. en P. de naturaleza civil.
- (32) Cfr. Amparo Directo 1198/57, cit. p. 44.
- (33) También Ejecutoria, en Amparo Directo 228/59, - PRIMO MARTINEZ SANCHEZ, en Informe al S.J.F., Sexta Epoca, Cuarta Parte, Tercera Sala, Vol. III, p. 76.
- (34) Cfr. ZAMORA Y VALENCIA; op. cit., p. 29
- (35) Por virtud del art. 81 del C. Co., respecto a la capacidad en materia mercantil, son --- aplicables las disposiciones del C. Civ.
- (36) La incapacidad de ejercicio la establece el C. Civ. en el art. 450 y la de goce se señala en casos particulares.
- (37) BARRERA GRAF, Jorge: "Inversiones Extranjeras", Porrúa, México 1975, p. 108.
- (38) BARRERA GRAF. Jorge; Ibid., p. 106 y s.
- (39) Cfr. BARRERA GRAF, Jorge "Las Sociedades..p.43

- (40) Cfr. SOLA CAÑIZARES; Op. cit., p. 45 y s.
- (41) Es decir, que no se requiere la calidad de comerciante para ser asociante o asociado, - al celebrar una A. en P. Aunque no sean comerciantes, a través de la A. en P. se realizan actos de comercio, y aunque sea una operación aislada, las partes están sujeta a las normas del derecho mercantil.
- (42) En la doctrina extranjera GIERKE, JULIUS VON; - op. cit., p. 361, considera obligación del asociado la entrega del aporte.
- (43) El C. Civ. en su art. 750, fr. XII determina como bienes muebles a estos derechos.
- (44) Para MURGUILLO, Roberto Alfredo; op. cit., p.90; el asociado, por su carácter y responsabilidad no puede aportar obligaciones de hacer.
- (45) Cfr. BARRERA GRAF, Jorge; Las Sociedades; p. 53
- (46) Sobre la diferencia entre la A. en P. y el contrato de trabajo; cfr. COLOMBO, GIOVANNI E.,; "Associazione in Partecipazione, Cointeressenza, Contratto di Lavoro Subordinato", en "Revista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni", - Anno LX, Nos. 9-10, settembre, ottobre --- 1962, Milano Italia.
- (47) MESSINEO, Franceso; op. cit., p. 7.
- (48) Cfr. FERRI, Giuseppe; op. cit., p. 1436
- (49) De la misma manera, sería inexistente el contrato de A. en P., si su objeto consiste en - la prestación de un hecho y éste no exis--

te; cfr. arts. 1794 y 2224 C. Civ. En el derecho francés, RIPERT, op. cit., p.157, en cuanto a la necesidad de las aportaciones, considera que no hay sociedad sin -- ellas; pero, que en vista de que la A. en P. no tiene personalidad, no le pueden -- ser transferidas dichas aportaciones. El hecho de que deba existir una aportación en la A. en P. no deriva de que sea una -- sociedad, sino de que se trata de un contrato y, como tal, requiere de un hecho o de una cosa que el obligado en la relación contractual, deba hacer o prestar.

- (50) En la doctrina italiana, para NAVARRINI, Humberto; op. cit. p. 215, el asociado, no sólo debería responder en proporción a su aportación sino también ilimitadamente porque sin límite es la responsabilidad del asociante.
- (51) Atentos a los términos del art. 361 in fine de su Ley de Sociedades; lo que deberá ser -- probado de conformidad con las normas de -- los arts. 209 y ss. del C. Co.
- (52) Prestando su obra bajo la dirección del asociante podrá administrar y representar las -- operaciones (en que participa de los resultados) en los límites y poderes que -- aquél le confiera, pero no podrá hacerlo a nombre de un ente colectivo porque no -- existe tal. Cfr. FERRI, Giuseppe, op. cit. p. 1437.
- (53) Cfr. GAY DE MONTELLA; op. cit., p. 356.
- (54) Cfr. GARRIGUES; "Instituciones"; op. cit., p. 329 y s.

- (55) Así, Amparo Director 294/55, GUSTAVO ROCHA, Informe al S.J.F., Sexta Epoca, Cuarta Parte, Tercera Sala, Vol. III, p. 77.
- (56) Así, MESSINEO, Francesco; op. cit., p. 8 Cfr. -- NAVARRINI, UMBERTO; op. cit., p. 71, --- quien señala que si el asociante quiebra, quiebra solo; también véase VIVANTE, CESAR; op. cit., p. 478 y 579; y BROSETA -- PONT, MANUEL; op. cit., p. 335.
- (57) Cfr. GIERKE, Julius Von; op. cit., p. 361.
- (58) En el derecho italiano, el C. Civ., art. 2552, -- prevé que se realice anualmente dicha rendición, si la gestión se prorroga; cfr. -- NAVARRINI, Umberto, op. cit., p. 214. También en Venezuela, cfr. art. 366 C. Co.
- (59) Como sí lo hace en derecho extranjero el C. Civ. ítalo en su art. 2552, párrafos 2o. y 3o. En la doctrina cfr. VALERI, GIUSEPPE; op. cit., p. 195; quien considera que sólo un derecho tiene el asociado "por fuerza de ley", sobre esta materia (control y rendición de cuentas) que consiste en el de -- rendición de cuentas, pero no habla de -- control sobre la gestión. Cfr. en este -- sentido a VIVANTE, CESAR; op. cit., p.583
- (60) Sobre la rendición de cuentas, naturaleza y características de nuestra figura, cfr., -- ejecutoria de la Suprema Corte de Justicia; Amparo Directo 2940/55, GUSTAVO RO-- CHA Y COAGS., en S.J.F., Sexta Epoca, --- Cuarta Parte, Tercera Sala, Vol. III, p. 71.
- (61) OSMIDA, INNOCENTI; "Questioni in tema di Asso-- ciazione in Partecipazione e di Societá",

en "Il Diritto Fallimentare e dettalle Società Commerciali", Vol. XXXII, parte 2o., Italia 1957, p. 385 y 388; considera que el control que pueda ejercitar el asociado sólo debe referirse a los resultados de los actos de gestión.

- (62) Por ello en la doctrina, MOSSA, LORENZO; "Derecho Mercantil", Buenos Aires, Argentina -- 1940, p. 214 y s., considera que no sólo se justifica el control del asociado cuando sospecha una mala administración, por parte del asociante, en su daño, sino que, incluso se justifica el secuestro de bienes de la negociación o empresa de dicho asociante para garantizar sus derechos, aun con bienes que no le pertenecen, pero pueden pertenecerle al liquidarse el contrato de A. en P., en cambio para BROSETA PONT. MANUEL; op. cit., p. 334, el asociado tiene obligación de no inmiscuirse en la gestión del negocio.
- (63) Op. cit., p. 58.
- (64) Se convertirá en sociedad irregular, si incurre en los supuestos del art. 2o. párrafo tercero de la L.G.S.M.
- (65) En ejecutoria de la Suprema Corte de Justicia, - en Informe al S.J.F., Quinta Epoca, Cuarta Parte, Primera Sala, T. XXXIII, p. 2587 y s., se resolvió que "...puesto que no se había transmitido el dominio de la cantidad de dinero entregada (por el asociado a el asociante), porque la circunstancia de que el asociado que contrata lo haga en su propio nombre, no significa que lo efectúe -- con dinero propio". En esta resolución se

consideró que el asociante había abusado - de la confianza depositada en él, en virtud de que había dispuesto de dicho dinero que el asociando le había entregado para - la A. en P.

- (66) Cfr. GIOVANNI, GRANDI; op. cit., p. 34; en este sentido cfr. también ASCARELLI, TULLIO, - "Studi in tema di Societá", op. cit., p. - 440, quien agrega que tal restitución no - es tutelable con una acción de reivindicación, sino con una personal, porque es con - secuencia de una obligación entre asocia - dos y no de la permanencia de un derecho - de propiedad del asociado.
- (67) Cfr. en la doctrina a DE GREGORIO; op. cit., p. 429.
- (68) Así, en la doctrina italiana, ASCARELLI, TULLIO, "Studi in tema di Societá", op. cit., p. - 442, expresa que el asociado puede incluso discutir en juicio la veracidad o exacti - tud de la rendición de cuentas.
- (69) Vid. "Cuentas en participación", en "Nueva Enci - clopedia Jurídica", SEIX BARRAL, ed., Bar - celona, España 1954, p. 80.
- (70) Así MANTILLA MOLINA, op. cit., p. 86.
- (71) Citado por GIOVANNI GRANDI; op. cit., p. 80.
- (72) ASCARELLI, TULLIO; vid. nota supra, p. 441.
- (73) Cfr. VASQUEZ DEL MERCADO, Oscar; "Venta de In - muebles aportados a una asociación en par - ticipación", en "JUS, Revista de Derecho y Ciencias Sociales", t. XXXVII, No. 153, Ju - lio - septiembre, México 1957, p. 466.



- (74) SANCHEZ CORDERO Y DAVILA; op. cit., p. 687.
- (75) Cfr. ejecutoria de la Suprema Corte de Justicia, en Informe al S.J.F., Quinta Epoca, Cuarta Parte, Tercera Sala, t. XXVI, p. 586. En nuestro caso el asociante no puede disponer de ellos (bienes) porque no está legitimado para ellos; respecto a la legitimación, cfr. a BRANCA GIUSEPPE; op. cit., p. 117 y 240.
- (76) Así, en derecho francés, MERLE, Philippe; op. cit., p. 435, Cfr. También el art. 510 -- del C. Co. chileno y 366 C. Co. de Venezuela.
- (77) En contra NAVARRINI, Umberto; op. cit., p. 216 para quien, el hecho de que el asociado pierda la propiedad de las cosas conferidas y pasen a propiedad del asociante, es una norma inderogable dirigida esencialmente a terceros que tratan con el asociante.
- (78) Así, el pacto celebrado entre las partes, respecto a la determinación de la propiedad del bien aportado para los fines de la A. en P., sólo obliga a las partes que lo celebraron, pero no perjudica a los terceros, si estos ignoraban la existencia de dicho pacto, cfr. Informe al S.J.F., Quinta Epoca, Cuarta Parte, Tercera Sala, t. XLV, p. 992.
- (79) Respecto a la inscripción, el C. Civ., en su art. 3011, prescribe: "Sólo se registrarán: fr. III.- los documentos privados -- que en esta forma fueren válidos con arreglo a la ley..."; ahora bien, la ley de sociedades requiere la inscripción de la

cláusula del contrato de A. en P. (art. - 257), en la que se estipula que se reserva la propiedad u otro derecho.

- (80) Así, VASQUEZ DEL MERCADO; op. cit., p. 473; en la doctrina italiana, DE GREGORIO; op. -- cit., p. 426, considera que no se transmi te la propiedad si no existe una declara ción de querer enajenar y querer adquirir.
- (81) Publicada en el D.O. el 8 de enero de 1980, y -- entrada en vigor sesenta días después, -- de conformidad con su art. lo. transito-- rio.
- (82) También en la doctrina italiana MESSINEO; op. - cit., p. 6.
- (83) Así SOPRANO ENRICO; "Trattato Teorico Prattico delle Societá Commerciali", Torino. Ita- lia 1934, p. 1084; expresa que la forma\_ de publicidad, se hace necesaria cuando por la naturaleza de la aportación así se requiera.
- (84) Por ello, la Suprema Corte de Justicia ha dicho que "...salvo la excepción consignada en\_ la ley, los bienes aportados pertenecen en propiedad al asociante"; cfr. S.J.F., Quinta Epoca, Cuarta Parte, Tercera Sala, t. CIII, p. 910.
- (85) FERRI, Giuseppe; op. cit., p. 1435 y s.
- (86) Así, DE GREGORIO; op. cit., p. 429 y s.
- (87) Cfr. MEZZERA ALVAREZ; op. cit., p. 191.
- (88) Cfr. Amparo Directo 2940/55, GUSTAVO ROCHA; -- cit., p. 71; también cfr. Informe al S.J. F., Quinta Epoca, Cuarta Parte, Tercera -

Sala; tomos LXL, p. 4439, LXXXIV, p. 2027 y CV, p. 1215.

- (89) SOLA CAÑIZARES; op. cit., p. 128; cfr. MANTILLA MOLINA; op. cit., p. 189 y 190; quien admite que no es absoluta la presunción que establece que respecto a terceros los bienes aportados por el asociado sean propiedad del asociante, y agrega, que si los terceros no encuentran en los registros públicos, la inscripción de que se ha realizado una transmisión, no están facultados para presumir que se ha hecho.
- (90) HAMIAUT; "La Reforme des Sociétés Commerciales" París, Francia 1966. p. 92; a ello alude el autor al criticar la ley No. 66-537 de 24 de julio de 1966, y advierte que respecto a la A. en P., se mantiene el conjunto de reglas antiguas del C. Co., pero con una "denominación más justa" de "sociedades en participación".
- (91) VASQUEZ DEL MERCADO; op. cit., p. 459 y s; y, - para DE GREGORIO; op. cit., p. 418, ello - hace que los terceros no tengan algún motivo para contar con la responsabilidad del asociado.
- (92) DE GREGORIO; op. cit., pag. 460.
- (93) Cfr. en la doctrina a VIVANTE, CESAR; op. cit., p. 586.
- (94) Así GARRIGUES; op. cit., t. II, p. 62, señala - que consecuencia de que el asociante obre a nombre propio, es que los terceros que - contratan con él, sólo tengan acción contra él mismo y no contra los demás interesados.

- (95) Así en derecho extranjero cfr. arts. 327 y s. C. Co. del Brasil.
- (96) Cfr. GIOVANNI GRANDI; op. cit., p. 69 y DE GREGORIO; op. cit., p. 430.
- (97) VIVANTE, Cesar; op. cit., p. 587, y MEZZERA ALVAREZ; op. cit., p. 192.
- (98) Así lo establece nuestra L.G.S.M. art. 256, el asociante obra en nombre propio y no habrá relación jurídica entre los terceros y los asociados. El C. Co. español, arts. 241 y 242, en forma más expresa señala que dicho asociante obra y se obliga en su nombre -- personal.
- (99) Cfr. en la doctrina NAVARRINI, Umberto; op.cit., p. 216, MESSINEO; op. cit., p. 8.
- (100) MANTILLA MOLINA, Roberto; op. cit., p. 190 y s.
- (101) Admitir repercusiones directas de los actos -- del asociante, haría desaparecer ipso facto el contrato de A. en P., para encuadrarse en otro diverso.
- (102) Cfr. VIVANTE, Cesar; op. cit., p. 587.
- (103) Para el derecho español, GAY DE MONTELLA; op. cit., p. 352, señala que la solidaridad -- debe pactarse expresamente.
- (104) El C. Civ. francés, art. 1872-1, párrafo primero, establece que cada parte contrata -- en su nombre personal y sólo ella se compromete respecto a terceros.
- (105) Cfr. en nuestro derecho a MANTILLA MOLINA, op. cit., p. 191, y en la doctrina extranjera

a BROSETA PONT, op. cit., p. 336; VIVANTE CESAR; op. cit., p. 587; MESSINEO; op. -- cit., p. 8; y DE GREGORIO; op. cit., p. - 423.

- (106) Cfr. MERINO MERCHAN; "Dos problemas en torno - a las cuentas en participación", en "Jus, Revista de Derecho y Ciencias Sociales", t. XXXVII, No. 153, julio - septiembre - 1957, México, p. 263 a 260; quien expresa que la acción subrogatoria, "es una medida extraordinaria que opera en el campo - de lo excepcional, y en virtud de la ---- cual, un tercero irrumpe en la esfera personal de los contratos, "haciendo valer - los derechos y las acciones de su deudor.

C A P I T U L O    I V

EXTINCIÓN DE LA ASOCIACIÓN EN PARTICI  
PACION.

#### IV. EXTINCION DE LA ASOCIACION EN PARTICIPACION

La extinción de la A. en P., como la de cualquier otro contrato bilateral (1), puede tener lugar por causas naturales a estos, como: el vencimiento del término pactado; la disconformidad del contrato con la norma que lo regula; y, por hechos sobrevenidos con posterioridad a la celebración del acto que provoquen la cesación de sus efectos, vgr. condición resolutoria pactada, renuncia o mutuo acuerdo; y -- además, la A. en P. se extingue por las otras causas previstas para la extinción de las sociedades en nombre colectivo (art. 259 L.G.S.M.); o sea, por la rescisión del contrato respecto a uno de los contratantes, por muerte de alguno de estos, por imposibilidad de continuar realizando el objeto del contrato -- (arts. 50, 229 y 230 L.G.S.M.).

A continuación analizamos y exponemos las causas de extinción de la A. en P.

##### 1. Extinción de la asociación en participación conforme a la L.S.G.M.

En atención a la libertad contractual que el legislador otorga a las partes para establecer "los términos, proporciones de interés y demás condiciones del contrato" (art. 255 Ibid.), en el contrato -- mismo normalmente se encuentran las normas que regu-

lan las relaciones internas de las partes y aquellas que prevén la extinción de la A. en P.; así, si el pacto establece un término para la A. en P., ésta se extingue en la fecha establecida, es decir, a la expiración del término fijado en el contrato; pero si nada se ha pactado y se presentan algunas de las circunstancias supra indicadas, puede llegarse también a la extinción de dicho contrato.

Para poder establecer las causas de extinción de la A. en P. debemos señalar, que dada su naturaleza contractual y asociativa, deben aplicarse las normas previstas para la terminación de los contratos en general, pero también, sic et simpliciter, aquellas previstas para la sociedad en nombre colectivo (arts. 50, 229 y 230 Ibid.). Nuestra L.G.S.M. prescribe, en efecto, que a falta de estipulaciones especiales para la disolución y liquidación de la A. en P., ésta se disuelve y liquida por las causas previstas para dichas sociedades, en cuanto tales causas no pugnen con las disposiciones y naturaleza propias de la A. en P. (art. 259).

Pero debe entenderse: primero, que se trata de un contrato bilateral, y, segundo, que las disposiciones del art. 229 de la L.G.S.M., que prescriben las causas de disolución de las sociedades en general (y dado que dentro de éstas se encuentra la de nombre colectivo), no pueden aplicarse en su totali-



dad a la A. en P.; sí le son aplicables algunas de ellas, porque son causas de extinción de los contratos en general, vgr. la extinción por la expiración del término fijado en el contrato (fr. I), pero aún en este supuesto debe entenderse su aplicación mutatis mutandis, porque mientras estas causas están previstas para la disolución de un ente que es la sociedad, la A. en P. es únicamente un contrato inter--- partes por el que no se crea alguna persona moral. Es también por esto que preferimos, más que hablar de disolución de la A. en P. (entendida como la desaparición para el efecto de contratar nuevas obligaciones, sin que ello obste a su subsistencia, a efecto de cumplir las obligaciones que se encuentren pendientes), referirnos a la extinción, o terminación del contrato o de la relación contractual entre asociante y asociado.

Hechas estas consideraciones procedemos a exponer las causas de la extinción de la A. en P., primero conforme a la ley de sociedades (2) y después por otras causas no previstas en ella.

### 1.1 Expiración del término fijado en el contrato.

Este supuesto que la ley establece (art. 229, - fr. I) resulta el más natural (aunque no el frecuen-

te, como en el caso de los contratos de tracto sucesivo, vgr. el contrato de arrendamiento) para la terminación de los contratos; así, la A. en P. se extingue por el vencimiento del término establecido en el pacto, siempre que no hubiere acuerdo de prórroga, - que puede darse, ya sea porque no se hubiere conseguido el fin o causa del mismo o porque siendo inicialmente para una operación aislada de comercio, se convenga en prorrogar su existencia para la ejecución de otras operaciones o la explotación de una negociación mercantil (3).

### 1.2 Imposibilidad de continuar realizando el objeto principal del contrato o consumación del mismo.

La imposibilidad de seguir realizando el objeto del contrato o su consumación, provocan la extinción de la A. en P. (art. 229, fr. II, Ibid); en efecto, cuando es imposible continuar con la realización de las operaciones mercantiles y la participación en las utilidades y en las pérdidas de las mismas, procede la extinción del contrato, que se registraría en el registro público si se hubiere inscrito el contrato o la cláusula en la que se determinó la calidad de la transmisión de los bienes aportados -- (art. 257 Ibid.).

Esta imposibilidad del objeto, la define nuestro derecho común como hecho imposible; es decir, como aquel que impide la subsistencia del contrato, -- porque resultaría incompatible con una ley de la naturaleza o con una norma jurídica que debe regirlo -- necesariamente, y que constituye un obstáculo insuperable para su realización (art. 1828); por supuesto, se excluye el hecho que no pueda ejecutarse por el obligado pero sí por otra persona en su lugar (arts. 1829, 2027 y 2064 C.Civ. y 139 L.G.Q.S.P.); esto es, que el asociante no podría argumentar la imposibilidad de realizar el objeto de la A. en P. porque hubiera caído en quiebra, si el síndico declara que -- puede continuar el contrato (art. 139 L.G.Q.S.P.).

Por lo que toca a la consumación del fin (impropiamente llamado objeto) del contrato, procede la extinción de éste por carecer de objeto o fin en virtud de que dicho objeto se haya consumado, porque el asociante hubiera realizado las actividades comerciales y hubiese participado al partícipe en sus resultados.

### 1.3 Acuerdo de las partes.

Al igual que todos los contratos, la A. en P. -- puede extinguirse por el acuerdo de voluntades del --

asociado y del asociante. Este mutuo disenso puede manifestarse expresa o tácitamente (art. 1803 C.Civ.) es decir, porque las partes otorguen su consentimiento verbalmente, por escrito o por signos inequívocos, o bien de manera tácita, cuando dicho consentimiento resulte de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo, como sería el traspaso de la negociación objeto de la A. en P., con la aquiescencia del asociado (excepto en los casos en que por ley o por convenio, la voluntad deba manifestarse expresamente).

Este mutuo acuerdo, para extinguir el contrato de manera anticipada puede operar ya sea porque se haya establecido en el contrato o bien, porque medie el consentimiento posterior de las partes.

1.4 Supuesto de la fracción IV del artículo 229 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

En rigor, este supuesto no operaría en la A. en P., porque no se trata de una sociedad y mucho menos de una sociedad anónima; sin embargo, podría operar, no por tratarse de una sociedad -que no lo es la A. en P.- pero sí porque es un contrato bilateral y como tal requiere un mínimo de dos voluntades (4); la A. en P., no sólo requiere ese mínimo, sino que tam-

bién exige que sean sólo las dos partes, el asociante y el asociado; de tal manera que si el número de partes se reduce a una, tendrá lugar la extinción de la A. en P. en virtud de que no habrá acuerdo de voluntades para que exista el contrato; lo mismo sucede, si se reúnen en una sola persona el asociante y el asociado (5), ya que no habrá A. en P. porque nadie participaría del alea de las operaciones de comercio, y porque para que exista contrato se requiere del consentimiento, el cual, a su vez, necesita del acuerdo cuando menos de dos voluntades (art. 2224 C.Civ.).

#### 1.5 Muerte de alguna de las partes.

El art. 230 de la L.G.S.M. prescribe que la sociedad en nombre colectivo se disuelve, salvo pacto en contrario, por la muerte, incapacidad, exclusión o retiro de alguno de los socios o porque el contrato social se rescinda respecto uno de ellos.

En materia de A. en P., la muerte del asociante produce la extinción del contrato (6), a menos que por pacto se haya establecido la continuación del contrato con sus herederos, porque se trata de un contrato bilateral, hemos dicho, y éste no podría existir si una de las partes desapareciere (el aso--

ciante o en asociado) (7); en cambio, si hubieren -- varios asociados y uno de ellos fallece, la A. en P. puede continuar con los otros asociados y el asociante; en tal supuesto se produciría únicamente la disolución parcial respecto a ese asociado muerto, y el asociante, salvo nuevamente un pacto de continuación con sus herederos, y el otorgamiento del consentimiento de estos. Si no existe dicho pacto, se procede a la liquidación de la parte correspondiente a -- ese asociado muerto para entregarla a su sucesión, y los herederos tendrán derecho a las utilidades que -- correspondan a este asociado al momento de su muerte, en lo sucesivo sólo tendrán derecho en lo que dependa necesariamente de los derechos adquiridos o de las obligaciones contraídas por su causante (v. art. 2722 C.Civ.).

#### 1.6 Exclusión del asociado.

En materia de sociedades la exclusión de uno -- de los socios acarrea la disolución parcial del contrato social respecto de ese socio y la sociedad --- (art. 230 L.G.S.M.), o bien, la disolución total del contrato si con dicha exclusión el número de socios -- es inferior al exigido por la ley (arts. 89, fr. I y 229 fr. IV, L.G.S.M.), o se trata de una sociedad -- personal (art. 230 y 231 Ibid.); así la exclusión -- constituye una circunstancia que justifica la disolu

ción de algunos contratos, vgr. el de sociedad anónima que se constituye con cinco socios y se excluye - a uno de ellos; pero en la A. en P., por tratarse - de un contrato bilateral, toda situación que provo- que la retirada del asociado, o inclusive la del aso- ciante, produce la extinción total del contrato; -- ello, porque en nuestro contrato no opera la figura de la exclusión ya que la A. en P. no es una socie- dad; es decir, que no se trata de una persona jurí- dica distinta de sus miembros, sino de un contrato inter-partes, de carácter bilateral, por el que no se crea algún ente distinto del asociado o del aso- ciante, por ello, no se puede excluir a alguien de un ente que no existe, y más que proceder la exclu- sión de alguna de las partes, procede su resolu---- ción, si alguna de ellas no cumple con sus obliga- ciones; es decir, si el asociado se comprometió a aportar bienes y servicios y no entrega aquellos - ni presta estos, o si el asociante no realiza las operaciones previstas en el contrato.

En estos supuestos de incumplimiento procede - ría: a) La resolución del contrato, que puede ser exigida por quien ha cumplido con su obligación con- tra el incumplimiento, más el pago de daños y perjui- cios (cfr. art. 376 C.Co.) y, b) El cumplimiento for- zoso del contrato. Nuestro C. Co. otorga facultad de optar, a la parte perjudicada entre la resolución - del contrato o el cumplimiento forzoso, y en ambos -

casos decreta el pago de daños y perjuicios; si en el contrato se ha fijado pena de indemnización contra el que no cumpliera, la parte perjudicada puede exigir el cumplimiento del contrato o la pena prescrita, y utilizando una de ellas queda extinguida la otra (art. 88 C.Co.).

De lo anterior resultan dos distinciones: 1) -- Cuando alguna de las partes no cumple con sus obligaciones, la otra está facultada para exigir el cumplimiento forzoso o la resolución del contrato y en ambos casos el pago de daños y perjuicios, y, 2) Si -- una de las partes no cumple con su obligación, pero se pactó el pago de cierta indemnización, si la parte perjudicada opta por el cumplimiento forzoso, queda extinguida la pena prescrita.

#### 1.7 Renuncia o retiro de alguna de las partes.

La renuncia extingue una relación duradera como tal, aunque puede subsistir una relación de obligación simple cuando no se hayan cumplido ciertas prestaciones o subsistan derechos de indemnización fundados en infracciones al pacto (8).

En cuanto a la A. en P. se refiere, la renuncia o retiro del asociado o del asociante, es causa de extinción del contrato; ello acontece cuando no se pactó por tiempo determinado, y como a nadie se puede condenar a permanecer de por vida en una relación



contractual, existe el derecho de retirarse del contrato y consecuentemente de extinguirlo (9).

En esta separación o renuncia de alguna de las partes, no debe mediar mala fe de los contratantes, por ello en derecho extranjero el C.Civ. francés --- (art. 1872-2) exige una notificación dirigida a la otra parte, de buena fe y que no sea hecha intempestivamente para que proceda la terminación del contrato. Disposición similar tenemos en nuestro derecho común por lo que hace al arrendamiento (10); y en cuanto a contratos asociativos, la renuncia se considera maliciosa cuando una parte se propone aprovechar exclusivamente de los beneficios o evitarse pérdidas que debería recibir o reportar en común con arreglo al convenio (art. 2723 C.Civ.). Por lo que toca a que el aviso no se haga en forma extemporánea, significa que debe hacerse cuando las cosas se hallen en su estado íntegro y no se perjudique a la otra parte con las disolución que sería originada por la renuncia (contrario ensu del art. 2724 C.Civ.) en estas mismas condiciones puede operar la renuncia de cualquiera de las partes en el contrato de A. en P.

## 1.8 Otras causas de extinción

### 1.8.1 Pérdida de la calidad de comerciante y prohibición de comerciar.

Estos supuestos, que no están directamente rela

cionados con las causas previstas para la extinción de las sociedades en nombre colectivo, acarrear también la extinción del contrato de A. en P., siempre que quien haya perdido la calidad de comerciante, o le esté prohibido comerciar sea el asociante. No -- ocurriría si en tales supuestos se encontrara el asociado, porque éste no requiere ser comerciante, ni su escasa actuación en la A. en P., supone ejercicio alguno de comercio; participa en el alea de las operaciones pero no en la ejecución de ellas; en cambio, la pérdida de la calidad de comerciante del asociante trae como consecuencia la extinción del contrato de A. en P. por cuanto que se trata de la realización de actividades lucrativas, de actos de comercio.

Para que el contrato de A. en P. se extinga -- por la imposibilidad de comerciar del asociante, se requiere que las operaciones relativas a su cargo -- sean reiteradas y hagan de él su ocupación ordinaria (art. 3o. C.Co.), si este fuera el caso y pierde la calidad de comerciante no podrá realizar el fin (u objeto) del contrato, por la imposibilidad de comerciar, lo que hará que el contrato termine. En cambio, si se trata de una A. en P. para una operación aislada de comercio el contrato no se extinguiría -- porque no se requeriría de dicha calidad (comerciante) para realizar el objeto del contrato (11).

La prohibición de ejercer el comercio, constituye una causa más absoluta para dar por terminado el contrato, tratándose de una sola operación de comercio o de una negociación mercantil. En efecto, si el asociante después de celebrar una A. en P. adquiere el carácter de corredor, o si quiebra y no ha sido rehabilitado, si en sentencia ejecutoriada ha sido condenado por delitos contra la propiedad, incluyendo la falsedad, el peculado, el cohecho o la concusión (art. 12 C.Co.), no podrá ejercer el comercio, y por ello, se verá impedido para realizar las operaciones de la A. en P. y el contrato habrá de terminarse por la imposibilidad de conseguir su objeto y por la incapacidad del asociante.

### 1.8.2 Quiebra del asociante.

Este supuesto se encuentra relacionado con el anterior. Al parecer la quiebra del asociante acarrea la extinción del contrato por la imposibilidad de ejercer el comercio; sin embargo, dicha causa de terminación no opera de manera absoluta porque la L.G.Q.S.P. (art. 139) declara que los contratos bilaterales pendientes de ejecución (y la A. en P. es bilateral) total o parcialmente podrán ser cumplidos por el síndico, previa la autorización del juez; y además, agrega, que quien hubiere contratado con el quebrado -en nuestro caso el asociado- podrá exigir al síndico que declare si va a cumplir o a rescindir

el contrato, aun cuando no hubiere llegado el momento de su cumplimiento. Además, si la empresa del quebrado continúa en marcha (art. 140) y el contrato de A. en P. se relaciona o se refiere a dicha empresa, el cumplimiento del contrato es obligatorio.

Por ello la quiebra del asociante no siempre -- acarrea la extinción del contrato, aunque para la doctrina extranjera, dicha quiebra es causa de extinción de la A. en P., sin cortapisas (12), argumentando que el asociante pierde el poder de realizar la gestión del negocio, y que el asociado puede, entonces, hacer valer su crédito siempre que no sea absorbido por las pérdidas, y también debe desembolsar la parte debida al asociante (13); pero ya expusimos -- que el síndico puede continuar los contratos bilaterales (14), tanto del asociante como del asociado, y tratándose de éste, puede inclusive pedir al asociante la participación de utilidades a que tiene de recho ese asociado (15).

Cosa distinta es la liquidación de la empresa -- del asociante que constituya el objeto de la A. en P., la que sí traería su extinción por falta precisamente de objeto, o también que al quebrar el asociante, el síndico declare rescindido el contrato o que el asociado, en tales condiciones, no quiera continuar el contrato.

## 2. Rescisión de la asociación en participación.

También en materia de rescisión de la A. en P., se prevé la aplicación supletoria de las disposiciones previstas para la sociedad en nombre colectivo - (arts. 50 y 259 L.G.S.M.). Se trata de un procedimiento dirigido a hacer ineficaz el contrato válidamente celebrado, obligatorio en condiciones normales a causa de situaciones externas susceptibles de accionar en perjuicio económico de alguno de los contratantes o de sus acreedores (16).

El supuesto de la rescisión es el incumplimiento de una obligación válida que produce una lesión; su fundamento, es el equilibrio perturbado de las prestaciones, y su objeto es impedir tal efecto lesivo (17); la acción de rescisión corresponde a la parte perjudicada y a sus herederos, e inclusive a sus acreedores; pero a diferencia de la nulidad no anula los efectos jurídicos producidos por el acto, e incluso los efectos restitutorios pueden paralizarse si se repara el daño causado; es decir, si se paga la indemnización prescrita (art. 88 C.Co.) como consecuencia del cumplimiento defectuoso de la otra parte.

A continuación exponemos algunas consideraciones sobre las causas de rescisión de la A. en P. conforme a la L.G.S.M. (art. 50); pero por supuesto tam

bién puede pedirse la rescisión si el asociante ejerce el mismo comercio (art. 35 L.G.S.M.), si no lleva un registro adecuado de los negocios del contrato -- (cfr. art. 298 respecto a la comisión), si los descuida o si no realiza las operaciones o no rinde --- cuenta justificada de su cumplimiento (arts. 255 L.G.S.M. y 291 C.Co.), de la misma manera si tanto el -- asociante como el asociado no entregan sus aportaciones debidas (18).

## 2.1 Fracción primera del artículo 50 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

El art. 50 de la L.G.S.M. establece los supuestos por los que puede rescindirse el contrato de la sociedad en nombre colectivo respecto a un socio, en principio, dichas causas de rescisión se aplican a la A. en P., según lo determina el art. 259 de la L.G.S.M.

En cuanto a la fr. I del citado art. 50, según la cual el contrato se rescinde por el uso de la firma o del capital social para negocios propios; no opera en la A. en P., porque es claro que no se puede rescindir por el uso de la firma del contrato, toda vez que en la figura que analizamos no existe la firma ni el capital social, es el asociante quien -- utiliza su firma en virtud de que las operaciones -- que realiza son a su nombre propio y no a nombre so-

cial (o de la A. en P.), y como tal actúa frente a terceros (19).

Sin embargo, procedería la acción de rescisión por el asociado, si el asociante usara en beneficio propio los bienes aportados por aquél sin hacerle -- partícipe de las utilidades, como exige el art. 252 L.G.S.M; en este caso se aplicaría más que la fr. I del art. 50, el pacto comisorio tácito que indica el art. 376 del C.Co.

## 2.2. Infracción a las cláusulas del contrato.

Constituye también causa de rescisión del contrato el que cualquiera de las partes, viole alguna de las cláusulas contractuales; en tal supuesto, la parte perjudicada tiene derecho a pedir la rescisión en virtud de que el pacto celebrado entre ellas se -- ha concluído con su consentimiento y ambos se han -- comprometido a respetarlo, constituyéndose así el -- contrato, ley entre las partes (art. 255 L.G.S.M.) (20).

Nuestro derecho común prescribe que la facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso que no de los -- obligados no cumpliere (arts. 1949 y 1836), y si el asociante o el asociado violan el pacto por no cum-- plir sus obligaciones, el perjudicado puede optar -- entre el cumplimiento forzoso o la rescisión del con

trato (21).

### 2.3 Infracciones o disposiciones legales que rigen a la asociación en participación.

Por lo que toca a la violación de las disposiciones previstas en la L.G.S.M. para la A. en P. --- (arts. 252 a 259), procede también la rescisión del contrato.

En este supuesto pueden presentarse varias situaciones a saber: a) Que la infracción a las disposiciones legales sea realizada por ambas partes, es decir, por el asociado y el asociante de común acuerdo. En este caso si ambos crean un patrimonio separado del particular de cada uno, si establecen una razón o denominación social de la A. en P. y si manifiestan ante terceros ser socios de dicha A. en P.; creemos que no sólo no existe dicho contrato, sino que estamos en presencia de una sociedad irregular porque no se han observado las condiciones propias de validez del contrato de A. en P., pues además de violar las disposiciones previstas para este contrato - carencia de patrimonio propio, de razón y denominación social, como lo establecen los arts. 257 y 254 L.G.S.M.-, nuestro C.Co, establece que "cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca quiso obligarse, sin que la validez del acto comercial dependa de la observancia de formalidades o requisitos



determinados" (art. 78). En este sentido se ha formado una sociedad irregular (art. 2o. párrafo 3o. L.G. S.M.).

B) Cuando las violaciones a las normas legales previstas para la A. en P. son realizadas por el asociante sin consentimiento ni conocimiento del asociado. En este caso, cuando el asociante usa una razón o denominación social para la A. en P. y manifiesta frente a terceros la existencia de una sociedad, sin la anuencia del asociado, en tanto dicho contrato no se haya inscrito en el Registro de Comercio, constituye una sociedad irregular, (art. 2o. párrafo 3o. L.G.S.M.), pero el asociado no culpable de dicha irregularidad, tiene derecho a solicitar la rescisión del contrato y en consecuencia la liquidación de la sociedad, porque sin su consentimiento el asociante violó las disposiciones propias de la A. en P. y pretendió obligar como socio a dicho asociado, cuando éste sólo quiso obligarse en un contrato de A. en P.

C) El registro del contrato de A. en P. en el Registro Público de Comercio. El art. 254 de la L.G. S.M. establece que la A. en P. debe constar por escrito y no está sujeta a registro; nos enfrentamos al problema de saber si el asociante y el asociado que inscriben el contrato en los registros públicos violan esta disposición, nosotros sostenemos que no

hay infracción al art. 254, porque si bien exige que el contrato de A. en P. deba constar por escrito, no prohíbe su inscripción. La inscripción de los actos jurídicos implica la publicidad de los mismos, no dudamos que una de las características de la A. en P. es su carácter oculto, pero, como hemos dicho anteriormente, esta característica no es esencial de --- nuestra figura, puede ser dada a conocer a terceros y mantener su naturaleza, es decir, la inscripción - de la A. en P. en dichos registros públicos no la -- convierten en sociedad.

La propia L.G.S.M. (art. 257) prevé la inscripción de la A. en P., aunque de manera indirecta, --- cuando establece la inscripción de la cláusula del - contrato en la que se determine la calidad de la --- transmisión de las aportaciones. En estas condicio-- nes, creemos que si las partes inscriben el contra-- to, no violan el art. 254 citado, en todo caso el registro de la A. en P. da mayor seguridad a las par-- tes que en él intervienen.

#### 2.4 Comisión de actos fraudulentos o dolosos.

La comisión de estos actos en contra de la sociedad en nombre colectivo, como causa de rescisión de uno de los socios, prevista en el art. 50, fr. IV de la L.G.S.M., sólo opera como causa de rescisión -

del contrato de A. en P., cuando el asociante realiza actos fraudulentos en contra del asociado, pero - ello, no sólo por la aplicación del citado artículo, sino por aplicación del derecho común, aunque éste - únicamente prevé la anulación de esos actos y no del contrato (art. 2163 C.Civ.).

En este supuesto si el asociante, antes de participar al asociado de utilidades, realiza una quita o remisión o perdón de deuda a favor de alguno de -- sus deudores, derivados del contrato de A. en P., el asociado tiene derecho a solicitar la anulación del acto (art. 2163 C.Civ.) o la rescisión del contrato- (art. 50, fr. IV L.G.S.M.), pero siempre que la ac- -- tuación del asociante -su actividad en la negocia- -- ción- estuviera restringida en el pacto, en el senti- do de no realizar ninguno de los supuestos de perdón de deuda, pues de no existir esas limitaciones sólo operaría si la quita, remisión o perdón de deuda son dolosos o de mala fe.

Cuando existen actos fraudulentos o dolosos -- tanto por el asociante como por el asociado en con- -- tra de terceros, estos no pueden solicitar la nulidad del contrato, pero sí la de dichos actos, si de esos actos resulta la insolvencia del asociante, deudor de dichos terceros y su crédito es anterior a ta- les actos (art. 2163 y s C.Civ.).

## 2.5 Quiebra, interdicción o inhabilitación del asociante.

La L.G.S.M. establece como causa de rescisión de la sociedad en nombre colectivo la quiebra, interdicción o inhabilitación para ejercer el comercio -- (art. 50, fr. V); circunstancia que operan en la A. en P. cuando el asociante incurre en tales supues---tos.

Si el asociante quiebra o se encuentra inhabilitado para ejercer el comercio (art. 12 C.Co.) no podrá continuar realizando las operaciones objeto de la A. en P., y el contrato habrá de rescindirse por la imposibilidad de continuar con dicho objeto y por la incapacidad del asociante para realizarlas. En este supuesto el síndico puede declarar la rescisión de la A. en P. (art. 139 L.G.Q.S.P.).

Cuando el asociante se encuentra en las situaciones mencionadas, con anterioridad a la celebración del contrato de A. en P., este puede ser declarado nulo por falta de capacidad del asociante (cfr. infra 3.2.4 de este capítulo).

## 3. Nulidad de la asociación en participación.

La nulidad de la A. en P. constituye una sanción principal derivada de diversas reglas de fondo

de todos los contratos, tales como: vicios del consentimiento, incapacidad, ilicitud del objeto, fin o causa; pero también de algunas reglas de fondo -- propias de las sociedades, como la ausencia de aportaciones, la no participación en las utilidades o en las pérdidas; de otras reglas de forma y de reglas propias del contrato de A. en P. (22).

En todos estos casos habrá nulidad, ya relativa, ya absoluta en los términos del C.Civ., es decir, nulidad absoluta cuando el acto carezca de consentimiento o de objeto, o cuando éste sea ilícito, y relativa cuando exista consentimiento pero esté viciado, en general cuando alguno de los elementos tanto de existencia como de validez del acto adolezcan de algún vicio o defecto.

### 3.1 Nulidad absoluta del contrato.

El contrato de A. en P., al igual que la sociedad será nulo si su objeto o fin es ilícito (art. 30. L.G.S.M.) (23); es decir, la A. en P. será nula si su objeto es contrario al orden público o a las buenas costumbres (art. 1830 C.Civ.); de conformidad con el art. 80. del C.Civ. que prescribe la nulidad de los actos ejecutados en contra de las leyes prohibitivas o de interés público; se trata, en principio, de conceptos difíciles de precisar; "orden público, buenas costumbres, leyes prohibitivas o de interés público; claro que parecería paradógi-

co pensar que existen leyes que no sean de orden público, y por otra parte que se argumente que las buenas costumbres cambian de acuerdo al lugar y a la época (aunque este razonamiento fuere válido); se trata en verdad de limitaciones a la libertad contractual y de la subordinación del interés particular al general.

Es cierto que algunas leyes declaran ser de orden público, vgr. la Ley Federal de Protección al Consumidor (art. 1o), y que otras más omiten tal distinción; pero que el objeto, fin o motivo determinante del contrato sea ilícito significa que no sea conforme a derecho (24). Así, por ejemplo, si el asociante y el asociado pactan realizar operaciones comerciales referidas al tráfico de psicotrópicos o estupefacientes, el objeto o fin de la A. en P. sería ilícito y en consecuencia debe ser declarada nula; si ya se hubieren realizado algunas de esas operaciones, debe procederse a la liquidación del contrato para pagar las deudas a los acreedores derivados del mismo, el remanente del activo, si lo hubiere, al pago de la responsabilidad civil, y en defecto de ésta, a la Beneficencia Pública de la localidad en la que el asociante haya tenido su domicilio (art. 3o. párrafo 2o. L.G.S.M.), sin perjuicio de la responsabilidad penal a que hubiera lugar (en este ejemplo, se estaría incurriendo en un delito contra

la salud, penado por nuestro Código Penal, arts. 193 y s) (25).

El C. Civ. prescribe que "la nulidad absoluta por regla general no impide que el acto produzca provisionalmente sus efectos, los cuales serán destruídos retroactivamente cuando se pronuncie por el juez la nulidad" (art. 2226), y añade que puede solicitar la cualquier interesado; por ejemplo, los acreedores del asociante o del asociado, y no desaparece por -- confirmación o por prescripción. Esto se justifica porque tal nulidad sanciona la violación de normas jurídicas que protegen el interés general; sin embargo, se requiere que la solicite quien tenga un interés jurídico en dicha nulidad (art. 2225 C.Civ.).

Otro supuesto de nulidad absoluta en el contrato de A. en P., es aquél que prevé el propio C.Civ. (art. 2224) referido a la inexistencia del contrato por ausencia de consentimiento o de objeto.

En efecto, nuestro derecho común establece los elementos de existencia del acto jurídico y las causas de su invalidez en los arts. 1794 y 1795; y en el art. 2224, hace referencia al acto inexistente, que no produce ningún efecto legal y que no es susceptible de confirmación o prescripción; en este precepto se señala la inexistencia del acto por falta de consentimiento, es decir por la ausencia del acuerdo de voluntades y también por la carencia de objeto; sin embargo, no obstante que expresa que se

trata de inexistencia del acto, el propio C.Civ. al regular otras figuras ya sea que carezcan de objeto como la renta vitalicia (art. 2779) si sobre quien se constituye ha muerto, o en el legado (art. 1427, 1433, 1434, 1836 y 2042), o bien que no haya consentimiento como en el caso de contratos celebrados a nombre de otro, sin que se haya otorgado el poder necesario (art. 1802), declara que tales actos son nulos, pero no habla de su inexistencia.

### 3.2 Nulidad relativa de la Asociación en Participación.

Estamos en presencia de la nulidad relativa del contrato cuando éste es ineficaz por la concurrencia de algún vicio en la voluntad o de un defecto de forma en el momento de su celebración (26); a diferencia de la nulidad absoluta que puede ser invocada por cualquier interesado, la relativa sólo puede invocarse por alguno de los contratantes, ella sanciona la violación de una norma jurídica cuyo fin es de interés particular (27) y procede por vicios del consentimiento (art. 1812 y s. C.Civ.), falta de forma (art. 2228 Ibid), por incapacidad (art. 2230 Ibid.) y por lesión (art. 2228 Ibid.); es decir, el contrato es anulable cuando existen tanto vicios en los elementos de existencia como de validez.



Esto significa, que a diferencia de los contratos plurilaterales que dan lugar al nacimiento de -- una persona jurídica y a los cuales la ley excluye - de nulidad (28), en el contrato de A. en P. puede de mandarse la nulidad y rescisión cuando carezca de alguno de los requisitos de validez o cuando estos adolezcan de algún vicio.

### 3.2.1 Vicios del consentimiento.

Nuestro derecho común establece que el consentimiento no es válido si ha sido "dado por error, arrancado por violencia o sorprendido por dolo" (arts. 1795 y 1812); en este orden de ideas, el consentimiento - de las partes, es decir, el acuerdo de voluntades debe ser el resultado de actos voluntarios y libres de los contratantes para que el acto jurídico sea válido y produzca todas sus consecuencias (art. 1803 C. Civ.); se trata de un acto volitivo conciente por -- parte de los contratantes, ya que si ha mediado ---- error, dolo o violencia, aunque provisionalmente surta sus efectos, el contrato será nulo (art. 2227 --- Ibid.).

#### 3.2.1.1 Error.

El error consiste en creer verdadero lo que es esfalso y falso lo que es verdadero; es decir, se tra-

ta de una falsa apreciación de la realidad. Se distingue de la ignorancia porque ésta es la carencia de conocimiento de un objeto determinado, mientras que en el error se tiene conocimiento pero equivocado; inclusive nuestro derecho común hace la distinción entre ambos, porque mientras en el error prescribe la nulidad del acto, en la ignorancia exige su cumplimiento aunque los jueces puedan diferir éste (prórroga del cumplimiento), siempre que no se trate de leyes que afecten directamente al interés público (art. 21). En otras palabras, "la ignorancia de las leyes no excusa su cumplimiento", en tanto que el consentimiento dado por error invalida al acto.

Esto también opera en la A. en P.: si el asociado llamado por el asociante a participar en una A. en P., otorga su consentimiento por error creyendo que celebra una sociedad cuando en realidad se trata de una A. en P. (error obstáculo) procede la nulidad, porque se impide la adecuación del acto al fin propuesto; esto es, que el asociado, queriendo ser socio de una sociedad, suscribe el contrato de A. en P. en donde sólo puede ser partícipe.

También procede la nulidad si el error versa sobre la substancia del objeto (o fin) del contrato o sobre la persona; es decir, cuando el error recae sobre el motivo determinante de la voluntad (error de derecho o de hecho, error nulidad); esto es, si

el asociado decide dar su consentimiento por virtud del error en que se encontraba, procede la nulidad del contrato de A. en P. con tal que en dicho acto se haya declarado ese motivo o se pruebe por las circunstancias del contrato que éste se celebró en el -- falso supuesto que motivó al asociado, en virtud del error en que se encontraba otorgó su consentimiento, vgr. si lo hace creyendo que el asociante realizaría las operaciones necesarias para la compra y posterior venta de la espada que perteneció a Simón Bolívar y no por otra razón, lo cual resulta ser falso; si posteriormente descubre su error y logra probar que el motivo determinante de su voluntad estuvo viciado, - puede obtener la nulidad del contrato.

En cuanto al error en la persona (también error nulidad), puede referirse a la identidad de la persona o a sus cualidades personales o conocimientos especiales (29). El C.Civ. hace referencia expresa a este error en materia de matrimonio (arts. 235 fr. I y 236).

En cuanto a la A. en P., es necesario analizar en qué medida tal error constituye un vicio del consentimiento que entrañe su nulidad; al respecto Tyan (30) señala dos supuestos: a) Cuando el asociado debe aportar dinero o especie (bienes) y es insolvente, procede la nulidad si la aportación se hizo en -

fraude de acreedores; y, b) Cuando el asociante debe aportar su industria y no tiene la preparación necesaria para la ejecución del servicio; esto es, si el asociado celebró la A. en P. con el asociante creyendo que éste podría ejercer las operaciones pactadas y resulta que en realidad no podía hacerlo (31), o bien, creyó que dicho asociante tenía los conocimientos especiales y suficientes para llevar a cabo la explotación de determinada negociación mercantil --- (32).

Existe, finalmente otra especie de error, dentro de este vicio del consentimiento, que es aquél que el derecho común denomina de cálculo (art. 1814), el cual no invalida el contrato, sino sólo da lugar a su rectificación (error indiferente); en la A. en P. se presentaría cuando el asociado, debiendo aportar, por ejemplo \$50,000.00 entrega al asociante \$60,000.00 y descubierto su error, el contrato es válido, aun cuando deba hacerse la rectificación de la cantidad señalada para proceder a la devolución de la diferencia.

### 3.2.1.2 Dolo.

Cuando el dolo ha sido la causa determinante del contrato, ya sea que provenga de una de las partes, o "de un tercero sabiéndolo aquélla" (art. 1816 C.Civ.), constituye un vicio del consentimiento y --

produce la nulidad del contrato.

Se define al dolo en los contratos como toda su gestión o artificio que se emplee para inducir a --- error o mantener en él a alguno de los contratantes, y por mala fe la disimulación del error de uno de -- ellos, una vez conocido (art. 1815 C.Civ.).

De lo anterior resulta que existen dos clases - de dolo; el propiamente dicho, que consiste en maqui naciones o artificios para inducir a error a otro, y aquel por el cual se mantiene en error a quien ya lo sufre. En realidad, esta nulidad por dolo viene a -- constituir otra especie de aquellas por error; la di ferencia entre los supuestos anteriores (vid. supra 3.2.1.1) y éste, estriba en que en los primeros, el \_ error es propio del sujeto en su falsa apreciación - de la realidad sin que medie la sugestión o influen cia de otro sujeto; en cambio, en éste -error por do lo- es propiciado por otra persona, o bien, sin que se provoque se mantiene en él al sujeto, de tal mane ra que dicho error sea la causa determinante del con trato.

Para que el dolo anule el contrato requiere con tar con los siguientes elementos: la realización ma terial de sugerencias artificiosa, la intención de - provocar error o de mantener en él, la intervención- y realización de otro sujeto -una de las partes o un tercero sabiéndolo aquella- y que sea determinante -

para la conclusión del contrato (art. 1816 fr. I, C. Civ.); así por ejemplo, sería causa de nulidad que el asociante indujera al asociado a que diera a conocer su situación de partícipe a los terceros (33), - si esta publicidad - de hecho - implicara la responsabilidad ilimitada frente a terceros, acreedores personales del asociante y derivados de operaciones de la A. en P., y si el asociado hubiere creído que su responsabilidad limitada no sufriría transformación alguna por el hecho de darse a conocer, y si por su parte el asociante lo mantuvo en su error; en tales condiciones operaría la nulidad del contrato porque el consentimiento estaría viciado.

En cuanto a la mala fe, solo puede ser causa de nulidad del contrato si proviene de alguna de las partes, pero no de un tercero, (art. 1836 C.Civ.).

### 3.2.1.3 Violencia.

La violencia constituye un vicio del consentimiento porque impide que la voluntad sea libre, y hace que ésta se otorgue por correr peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o una parte considerable del patrimonio (art. 1819 C.Civ.).

Se distinguen dos tipos de violencia: la física y la moral, en una se recurre a la fuerza física y en la otra a las amenazas; en ambas se trata de -- una intimidación que constituye una amenaza que inci

de en la voluntad de una de las partes (34); los bienes sobre los que la violencia debe recaer son precisamente los mencionados anteriormente y pueden ser - objeto de ella no sólo el contratante, sino también su cónyuge, sus ascendientes, descendientes o parientes colaterales dentro del segundo grado -hermanos- (35); además, debe ser presente e intencional porque el solo temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión o respeto no basta para viciar el consentimiento (art. 1820 C.Civ.).

### 3.2.2 Lesión.

Nuestro derecho común <sup>est. 17</sup> en su art. 17 los términos de la lesión, y señala que ésta tiene lugar "cuando alguno, explotando la suma ignorancia, notoria -- inexperience o extrema miseria de otro, obtiene un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado lo que él por su parte se obliga..." y agrega, -- que el perjudicado tiene derecho a pedir la rescisión del contrato y de ser ésta imposible, la reducción equitativa de su obligación.

Ahora bien, tratándose de la nulidad y rescisión de los contratos, la lesión presenta algunas dificultades, porque el art. 17 citado prescribe que el perjudicado puede pedir la rescisión del contrato, -- mientras que el art. 2228 señala que dicha lesión -- produce la nulidad relativa del mismo, e inclusive --

el art. 2230 establece que se trata de un vicio del consentimiento cuya nulidad puede invocar el perjudicado o incapaz.

La lesión opera y puede hacerse valer como rescisión o como nulidad en los contratos bilaterales, porque supone la comparación entre las prestaciones de las partes; en los onerosos, porque supone prestaciones recíprocas, y sobre todo en los conmutativos, porque en el momento de su celebración las prestaciones que las partes se deban deben ser ciertas, de tal suerte que se pueda apreciar el beneficio o la pérdida que el acto o contrato les cause (art. 1838 C.Civ.); y precisamente la lesión debe apreciarse en el momento de la celebración del contrato para poder determinar la desigualdad entre las prestaciones, y en consecuencia el perjuicio y desventaja económicos.

En cuanto a la A. en P., no obstante que se trata de un contrato bilateral, la lesión no opera como en los contratos civiles, porque, además de que se trata de un contrato aleatorio, en cuanto a los resultados, en cuanto a las utilidades, ya que al celebrarse el contrato las partes desconocen las utilidades o pérdidas que el mismo les cause; en materia mercantil, el C.Co. (art. 385) establece que la lesión no es causa de rescisión, pero que el perjudicado tiene, además de la acción penal, la de daños y perjuicios contra el contratante que procedió con do



lo o mala fe.

Al contrato de A. en P. va ligado el concepto de pacto - leonino proscrito para las sociedades civiles y mercantiles. En efecto, la A. en P. constituye también un contrato asociativo en el que se niegan efectos legales a las estipulaciones que excluyan a una o más partes en - la participación de las ganancias (art. 17 L.G.S.M.), - aunque en materia de sociedades civiles, al igual que - la lesión, este pacto trae la nulidad total del contrato de sociedad civil (art. 2696 C.Civ.) (36); mientras que en las mercantiles, sólo se hace referencia a la nulidad del pacto, pero no a la sociedad; y esto mismo es lo que sucede en la A. en P., si se pacta que el asociante le pertenezcan de manera exclusiva las utilidades, - el pacto será nulo y no procurrirá sus efectos, y la distribución de utilidades y pérdidas se hará de conformi- dad con las disposiciones del art. 16 de la L.G.S.M.; - es decir, como si las partes no hubieran pactado nada - al respecto; pero la nulidad del pacto leonino no aca- rrea la nulidad del contrato de A. en P.

En efecto, a la A. en P. le es aplicable el --- art. 17 de la L.G.S.M. en virtud de que las normas pre- vistas para las sociedades mercantiles se le aplican, - a falta de estipulaciones especiales, a la A. en P. (art. 259 L.G.S.M.).

### 3.2.3 Falta de forma.

Hemos señalado en otro apartado (Cap. III, 1,- 2.3), que la forma es la manera que la ley establece para manifestar el consentimiento, y que tratándose de la A. en P., la ley exige que sea por escrito y no la sujeta a registro.

Se trata de un contrato formal, porque para su validez requiere de la forma escrita, es decir, que este principio hace inaplicable la regla de validez del consentimiento para contraer obligaciones. La -- falta de forma produce la nulidad relativa de los -- contratos (art. 2228 C.Civ.).

Las formalidades establecidas por la ley constituyen una excepción al principio que establece que "en las conveniones mercantiles (y civiles según el art. 1832 C.Civ.) cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca quiso obligarse, sin que la -- validez del acto comercial (o civil) dependa de la -- observancia de formalidades o requisitos determinados (art. 78 C.Co.).

Nuestro derecho común (art. 2229) expresa que la acción y excepción de nulidad por falta de forma compete a todos los interesados y que el acto viciado de forma puede ser confirmado cumpliendo la forma omitida (art. 2231 C.Civ.), y cuando la voluntad de las partes ha quedado constante de manera fehacien-

te e indubitable, cualquier interesado puede exigir que se otorgue en la forma prescrita por la ley (arts. 1833 y 2232 C.Civ.).

De lo anterior podría concluirse que si la A.- en P. se ha pactado de manera verbal y los contratantes no han manifestado su voluntad por escrito (37), dicho contrato es nulo, y le son aplicables las disposiciones previstas para la nulidad por falta de -- forma, sobre todo porque no existe respecto a este -- contrato alguna disposición especial o diferente --- (38); sin embargo, la Suprema Corte de Justicia, en ejecutoria ya citada en ocasión a la forma del contrato (39), ha expresado que por el hecho de que la A. en P. no es un contrato solemne, las manifestaciones y aceptaciones que tácitamente se deducen de los actos ejecutados por las partes tienen el mismo valor legal que si se hubieren pactado por escrito.

Esto significa, que pese a las disposiciones -- antedichas, o sea, que la A. en P. deba celebrarse -- por escrito, este requisito no es de solemnidad, de forma substancial, porque la forma escrita del contrato no es un elemento necesario para su existencia, sino por el contrario constituye un formalismo ad probationem (40); es decir, una formalidad que só lo es necesaria para probar eficazmente al contrato,

porque éste ya existe; "el acto es válido como medio de prueba aunque los formalismos legales no hayan sido observados", y en consecuencia, el contrato de A. en P. - es válido aun cuando no se haya observado la forma escrita (41).

Aunque, por supuesto, aceptamos, respecto a la ejecutoria arriba indicada, que sólo se trata de un precedente judicial y no de jurisprudencia; él es importante porque señala un criterio judicial que debe considerarse para casos futuros.

Problema que podría plantearse en nuestra figura es aquél en el que no habiéndose celebrado por escrito el contrato, el asociante demande su nulidad (art. - 2228 C.Civ.), y el asociado reconvenga el otorgamiento de la forma escrita omitida (arts. 1833 y 2232 y C.Civ.) por mayoría de razón creemos que privaría el segundo en función de la conservación del contrato y al principio de que nadie puede ir contra sus propios actos, adversum factum suum quis veni re non potest (42); aunque -- obviamente el contrato puede extinguirse por mutuo ---- acuerdo.

#### 3.2.4 Incapacidad.

La capacidad es la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones y para hacerlos valer por sí -- mismo. La incapacidad es la ausencia de dicha aptitud, \_

que no se presume, sino que resulta de la ley, como excepción (art. 1798 C.Civ.); por ello, tienen aptitud para contratar todas las personas, salvo aquellas a quienes la ley -civil, mercantil, etc.- se los prohíba.

En materia de A. en P., ni la L.G.S.M. ni el C. Co. exigen capacidad especial para celebrarla, de ahí - que, en principio, tengan aptitud para concluirla quienes tengan capacidad general para contratar; la capacidad tanto en materia civil como en mercantil son semejantes (arts. 1798 C.Civ. y 5o. C.Co.), y para celebrar una A. en P. ni siquiera se exige la calidad de comerciante, aunque se infiere cuando las operaciones materia del contrato sean tales que constituyan la ocupación ordinaria del asociante (art. 3o. Co.Co.).

La capacidad de los contratantes constituye un elemento de validez del contrato, de forma tal, que si alguno de ellos tiene incapacidad legal para celebrarlo, dicho contrato puede ser invalidado (arts. 1795, -- 450 y 2228 C.Civ.).

En este apartado es necesario distinguir la incapacidad de origen de los contratantes y la incapacidad superveniente.

En efecto, los contratantes pueden celebrar un contrato siendo incapaces, o bien, pueden devenir incapaces después de celebrar dicho contrato; en el primer caso, el contrato es anulable por falta de capacidad --

(art. 2228 C.Civ.); en el segundo, la incapacidad es causa de extinción del contrato.

A) Incapacidad de las partes para celebrar el contrato de A. en P.; las reglas para la capacidad de las personas previstas en el Ordenamiento civil - le son aplicables a la A. en P. (art. 81 C.Co.) (43) sin embargo, existen otras limitaciones a la capacidad para contratar, sobre todo respecto al asociante que es quien realiza y lleva a cabo la explotación de la negociación mercantil. Por ello, la A. en P. - puede ser declarada nula por incapacidad del asociante, si éste la ha contratado siendo corredor, si se encuentra en estado de quiebra y no ha sido rehabilitado, si ha sido condenado en sentencia ejecutoria - por delitos contra la propiedad (art. 12 C.Co.); --- igualmente si es un extranjero que pretende realizar actividades reservadas de manera exclusiva a mexicanos (art. 4, párrafo 2o., incisos "a" a "f" de la L. I.E.) como aquellas de la radio, televisión, transporte, etc., y en aquellas que se declare su incapacidad para contratar y ejercer el comercio (art. 13 C.Co.).

En cuanto a la nulidad de una A. en P. celebrada entre cónyuges, en virtud de la conservación de - la familia y por disposición del art. 174 del C.Civ. los cónyuges carecen de capacidad para contratar entre ellos, de suerte que si no ha mediado autoriza--

ción judicial, cualquiera de las partes puede solicitar la nulidad de ese contrato.

También podría ser declarada nula una A. en P. en la que una asociación religiosa (iglesia), pretenda constituirse como asociante o asociada, porque -- por disposición constitucional carece de personalidad y no puede adquirir, poseer o administrar bienes raíces o capitales impuestos sobre ellos (arts. 27, fr. II y 130 de nuestra Constitución Política Federal).

B) Incapacidad superveniente. El contrato de A. en P. se extingue por incapacidad superveniente de alguno de los contratantes. Es decir, si el asociado o el asociante, después de celebrar el contrato caen en estado de interdicción (art. 23 C.Civ.), si están privados de inteligencia en los términos -- del art. 450 del C.Civ.

Respecto a los contratantes que después de celebrado el contrato de A. en P., contraen nupcias, -- aunque el C.Civ. no alude a este supuesto, creemos -- que por las mismas razones por las que no pueden contratar entre ellos, el contrato de A. en P. celebrado con anterioridad al matrimonio, debe extinguirse.

Además, respecto al asociante existen otras -- causas para extinguir el contrato; si se convierte -- en corredor, si quiebra y no ha sido rehabilitado --

- salvo que el síndico declare la continuación del contrato -, si ha sido condenado por delitos contra la propiedad (art. 12 C.Co. y 50, fr. V, L.G.S.M.), e incluso si es notario (cfr. art. 17 Ley del Notariado del Distrito Federal); en virtud de que en estos supuestos están impedidos para ejercer el comercio, esto es, carecen de capacidad para ejercerlo.

En tales supuestos, el contrato no es nulo, por que al celebrarse las partes tenían la capacidad para contratar, sino que se extingue el contrato por falta -superveniente- de capacidad.

#### 4 Liquidación de la Asociación en Participación.

##### 4.1 Consideraciones generales.

A diferencia de la liquidación de las sociedades, la extinción de la A. en P. no da lugar a una liquidación propiamente dicha, ya que ésta supone un patrimonio a liquidar y a repartir, así como relaciones entre terceros y una persona moral; en cambio, en la A. en P. ni existe patrimonio propio de algún ente, ni la A. en P. es persona jurídica, ni siquiera en aquellas legislaciones que expresamente indican que se trata de una sociedad; sin embargo, la ley hace alusión a liquidación del contrato, probablemente por comodidad de lenguaje (44); en realidad, se trata de una rendición de cuentas del asociante al asociado, a fin de determinar



los derechos y obligaciones de cada uno de ellos.

De conformidad con el art. 259 de la L.G.S.M., la liquidación de la A. en P. debe hacerse, a falta de estipulaciones especiales, según las reglas previstas para las sociedades en nombre colectivo; pero, por no tratarse de una sociedad, su procedimiento es mucho más sencillo (45), e inclusive algunas disposiciones previstas para dichas sociedades podrán no serle aplicables.

En efecto, que la consecuencia obligada de la extinción de la A. en P. sea su liquidación (46), no significa que deba procederse exactamente como en materia de sociedades; la liquidación del contrato no tiene influjo sobre el resto de los negocios mercantiles que pueda explotar el asociante (47), porque éste tiene libertad para la consecución de sus otros negocios particulares; en tal sentido habrá una liquidación normal a la de una empresa individual; o de un negocio separado pero no de una sociedad que supone la existencia de un ente (48).

En este orden de ideas, no se trata propiamente de una liquidación, en el sentido de realizar operaciones jurídicas procedentes con terceros, sino de un arreglo de cuentas limitada a la relación interna entre asociante y asociado, cuya consecuencia será la liberación en lo futuro de toda obligación contractual entre ellos (49).

Extinguida la A. en P., el asociante no puede emprender nuevas operaciones -respecto al contrato-, pero debe terminar aquellas en curso, de las cuales el asociado está interesado (50); terminadas tales operaciones, o bien rescindido el contrato, el asociante debe rendir cuentas de las cosas conferidas - para los fines de la A. en P. y de las utilidades - y pérdidas de la misma. Esta obligación de rendición de cuentas, si bien no se prevé expresamente en la L.G.S.M., se puede inferir por la disposición del -- art. 242, fr. V de la propia ley, y del pronuncia--- miento expreso en tal sentido de nuestro Supremo Tri bunal, el que ha prescrito no sólo tal obligación, - sino también el derecho de crédito del asociado y la entrega a que tenga derecho (pero es importante seña lar que no se habla de liquidación) (51).

Para la liquidación de la A. en P. no será necesario el nombramiento de un liquidador, porque no hay un patrimonio a realizar, ya que se trata de un - ajuste de cuentas que puede hacerse sin intervención de aquél (52). En las sociedades, en cambio, dicho - nombramiento se exige y puede hacerse en la misma es critura social (art. 6, fr. XIII y 236 L.G.S.M.), o bien designándole por la junta o asamblea de socios al ser declarada o realizada la disolución, o nombrar se por autoridad judicial a petición de socio.

Sin embargo, si el asociante y el asociado nombrar liquidador, éste sólo sería mandatario de los contratantes y no representante de una sociedad (art. 235 L.G.S.M.) (53), y sus poderes serán, los mismos que reconoce la L.G.Q.S.P. para los liquidadores de las sociedades (art. 235, 239, 242, 245 y el art. 38 C.Co.).

El asociante, mientras tanto, podrá continuar administrando los negocios en curso sin poder emprender alguno otro por cuenta común (54).

#### 4.2 Rendición de cuentas.

Al derecho de rendición de cuentas del asociado corresponde la obligación del asociante de efectuarla; tal rendición se hace generalmente al concluir las operaciones, pero si se pactó la A. en P. por tiempo indefinido, de conformidad con el art. 43 de la L.G.S.M. -supetorio por disposición del art. 259 de la misma ley-, dicha rendición se hará semestralmente, salvo convenio en contrario, y en cualquier tiempo en que lo acuerden los contratantes; es decir, debe practicarse periódicamente. En la doctrina extranjera (55), esa rendición de cuentas se reputa obligatoria y debe ser anual. Para Uria (56), dicha rendición encuentra su fundamento en el uso o práctica comerciales.

La rendición de cuentas se hará conforme a lo pactado en el contrato, pero en todo caso, deben observarse ciertas reglas, como: la presentación de documentos, facturas, libros, correspondencia comercial y balances; es decir que se deberá mostrar y permitir inspeccionar por dicho asociado o por la persona que designe -contador-, los estados financieros que arrojen las operaciones realizadas.

La obligación de concretar la certeza de las cuentas y de suministrar los comprobantes del "debe" y "haber" de la negociación corresponden precisamente al asociante porque él es quien los rinde y quien ha realizado las operaciones. Es vódigo, pues, pactar la intrusión del asociado, tanto en la formación de los balances como en su comprobación.

El asociado puede ser o haber sido encargado, por el contrato o por el asociante, de llevar las cuentas de la negociación, en tal sentido él las rendiría.

El secreto de los comerciantes no rige para el asociado; y las normas previstas para este supuesto, sólo se le aplicarían si hubiere litigio; si lo hay tiene derecho a inspeccionar, como parte que es del contrato, la contabilidad de la negociación, tiene derecho a la comunicación, entrega o reconocimiento general de libros, cartas, cuentas y documentos; es decir, a la exhibición de los estados financieros (arts. 33 y s.C.Co.).

De esta manera, los balances presentados por el asociante y la rendición de cuentas en general, sólo se rán válidos si existe común acuerdo, o de lo contrario, el asociado puede impugnarlos; de ahí que el asociante deba entregar cuenta justificada de los resultados con participación al asociado de las ganancias o pérdidas - que le corresponda; esto es, el asociante, en virtud de los estados financieros debe establecer el saldo final a favor del asociado o bien la cantidad que éste deba abonarle (57). Se trata de un balance de determinación de resultados del ejercicio que debe establecer el resultado total de acuerdo con la verdadera situación.

#### 4.3 Liquidación

El procedimiento de liquidación, no obstante -- ser diferente a aquél de las sociedades, y en virtud de la participación tanto en las utilidades como en las -- pérdidas de las operaciones, debe concretarse, en principio, a la ejecución de operaciones ya iniciadas, al pago y a la restitución de cuanto ha sido conferido por el asociado sin transmisión de propiedad, aumentado o -- disminuído por las utilidades o pérdidas de la negocia-- ción (58); ahora bien, tomando en consideración las dis-- posiciones previstas para la liquidación de las socieda-- des en nombre colectivo (art. 240 L.G.S.M.) y las pro-- pias de la A. en P., según el art. 259 de la L.G.S.M., -- la liquidación debe realizarse con arreglo a las estipu

laciones relativas del contrato o la resolución de los contratantes y a falta de éstas, las previstas para aquellas sociedades.

Así, la liquidación deberá realizarse: primero, cubriendo la totalidad del pasivo de las operaciones, y después la distribución del remanente entre el asociante y el asociado como cuota de liquidación de acuerdo a la forma pactada en el contrato -- (art. 246 Ibid.), o en su defecto, y siguiendo las reglas del propio art. 246 de la L.G.S.M., en proporción a sus aportaciones; si ambas fueron de capital; la mitad de las ganancias para cada uno; si uno de ellos aportó capital y el otro industria; y si el -- asociado prestó ésta solamente, no reportará pérdidas (art. 16, fr. III Ibid.).

En cambio, si quien aportó sólo su industria fue el asociante, responderá de aquéllas en la medida en que superen el valor de la aportación del asociado (art. 258 Ibid.); si por el contrario no hubiere pérdidas en las operaciones, el asociante, no sólo deberá entregar la participación de utilidades, sino también los bienes aportados --cuando no se ---- transmitió la propiedad--, los cuales, si el pacto lo permite, pueden restituirse en especie diferente. Las reglas previstas en el derecho común para la pérdida de la cosa por caso fortuito, fuerza mayor o -- culpa de alguno de los contratantes, así como para --

su deterioro (art. 1948, 1973, 1975 a 1977 y 1979 y s. C.Civ.), son aplicables al caso; pero no habiendo pérdidas en tales operaciones, deben entregarse los bienes aportados, cuando sólo se transmitió su uso o goce.

En cambio, si se transmitió la propiedad de dichos bienes, y estos son de fácil división, se repartirán en la proporción que corresponda, según su aportación (art. 246 L.G.S.M.).

En síntesis, se puede decir que las operaciones de dicha liquidación se producen en tres fases: 1o. La determinación de los elementos de activo y pasivo de las operaciones, realización del pago a los acreedores por dichas operaciones y recuperación, si fuere el caso, de los bienes de la negociación que se encuentren en poder de esos acreedores; 2o. La participación de los beneficios y de las pérdidas en la medida en que tales participaciones no se hubieren realizado anteriormente, y, 3o. El reembolso de las aportaciones en tanto no hayan sido transmitidas en propiedad, pues de ser el caso, se procedería a su división y distribución entre ambos contratantes (art. 246, fr. II, L.G.S.M.).

NOTAS AL CAPITULO IV

- (1) VAZQUEZ MARTINEZ, Edmundo; op. cit., p. 187.
- (2) Omitimos aquí, las causas de rescisión porque serán tratadas en el apartado siguiente.
- (3) Cfr. URIA, Rodrigo; op.cit., p. 356 y RIPERT; op. - cit., p. 158.
- (4) Problema diferente es el de las sociedades unimem-- bres, con un solo socio, en las que éste limi ta su responsabilidad, y que en la actualidad operan, sobre todo si consideramos, por una - parte las filiales de casas matrices y las so ciedades del Estado, y por la otra, a los tes taferros, o sea, los llamados socios de paja, en muchas sociedades.
- (5) Así, ESCARRA; op.cit., nota 67.
- (6) Cfr. MUGUILLO, Roberto Alfredo; op.cit., p. 93.
- (7) Cfr. OSMIDA, Innocenti; op.cit., p. 388, para quien la muerte del asociado como causa de extin--- ción del contrato, tiene su fundamento jurídi co en la tutela del interés privado, o sea, - el "propósito social", que debe ser protegido jurídicamente frente a los intereses de los - herederos en el momento de la disolución de - la A. en P.
- (8) Cfr. SANTOS BRIZ, Jaime; "La Relación de Liquida--- ción o Extinción en algunos Contratos", en -- "Revista de Derecho Privado", octubre 1960, - Madrid, España, p. 790.
- (9) Cfr. SANTOS BRIZ; Ibid.



- (10) El C.Civ. en su art. 2478, sobre el arrendamiento por tiempo indeterminado, prescribe que éste puede concluir a voluntad de una de las partes con tal que se dé aviso a la otra, en forma indubitable con dos meses de anticipación si se trata de un predio urbano, y de un año si de un predio rústico.
- (11) Sin que por ello dejaren las partes de sujetarse al derecho mercantil, ya que se trata de un contrato mercantil y las partes, aun cuando no sean comerciantes, son sujetos accidentales del C.Co.
- (12) SOLA CAÑIZARES; op. cit., p. 212; GARRIGUES; op. cit., t. II, p. 60; GAY DE MONTELLA; op.cit., p. 349; y, GIERKE, Julius von; op.cit., p.364.
- (13) Así, MESSINEO; op.cit., p. 11.
- (14) En este sentido Cfr. NAVARRINI, Umberto; op.cit., p. 217, quien considera que en este supuesto el contrato sí puede continuar.
- (15) Por aplicación del art. 152 de la L.G.Q.S.P.; aunque por otra parte, se justificaría su extinción porque el asociante o el asociado, habiendo recurrido al contrato en el que la confianza entre ambos había prevalecido, ésta desaparece con el síndico. La extinción del contrato no operaría ipso jure, sino a solicitud de la otra parte.
- (16) Cfr. PINA VARA, Rafael de; "Rescisión", en "Diccionario Abreviado de Derecho Civil", en op.cit., p. 380.
- (17) Cfr. RUGGIERO; op.cit., p. 244.
- (18) Así, VIVANTE; op.cit., p. 582.

- (19) Así, GIERKE, Julius Von; op.cit., p. 364, quien expresa que cuando el asociante realiza operaciones ajenas al objeto del contrato; el asociado tiene derecho al pago de daños y perjuicios por incumplimiento del contrato y derecho a renunciarlo.
- (20) Hacemos hincapié de ley entre las partes, en el sentido de acto jurídico como norma que obliga a quienes intervienen en él, y no propiamente al significado de ley en el sentido de abstracta, general y obligatoria.
- (21) Cfr. VIVANTE; op.cit., p. 582.
- (22) Así, TYAN, Emile; "Etudes de Droit Commercial", Beirut 1975, p. 192 y s.
- (23) Aunque la relación obligatoria no es inexistente, porque por lo menos no puede negarse a la relación nula una existencia de hecho.
- (24) Cfr. SANCHEZ CORDERO Y DAVILA; op.cit., p. 751.
- (25) Por aplicación supletoria del art. 3o. de la L.G.S.M.; V. art. 2692 del C.Civ.
- (26) Cfr. el art. 81 del C.Co. que declara la aplicación supletoria del C.Civ. en la materia.
- (27) Cfr. SANCHEZ CORDERO Y DAVILA; op.cit., p. 756
- (28) Cfr. los arts. 2o. y 3o. de la L.G.S.M.; y Véase en este sentido BARRERA GRAF, Jorge; - "Las Sociedades op.cit., p. 281.

- (29) Así, para MERLE, Philippe; op.cit., p. 436, esta causa de nulidad opera exclusivamente en los contratos intuitu personae, y la A. - P. es uno de ellos; sin embargo, la razón por la que opera en la A. en P. no es ésta, sino el hecho de que se trata de un error.
- (30) Op. cit., p. 179 y s.
- (31) Aunque esta causa también constituye una causa de nulidad por incapacidad más que por -- error.
- (32) Cfr. GIOVANNI GRANDI; op.cit., p. 55.
- (33) En Colombia y Argentina, en donde basta el consentimiento del asociado para que se dé - a conocer, esta circunstancia sería suficiente para que dicho asociado respondiera de manera solidaria e ilimitada junto con el asociante, frente a terceros.
- (34) Cfr. SANCHEZ CORDERO Y DAVILA; op.cit., p. 748.
- (35) Sin embargo, no se contemplan supuestos como la violencia ejercida contra un amigo entrañablemente querido, ni aquella ejercida - con quien el contratante contraerá nup---cias.
- (36) Aunque podría tratarse de una lesión en sentido estricto.
- (37) Forma que establece la L.G.S.M. en su art. 254.
- (38) Cfr. BARRERA GRAF, Jorge; nota supra, p. 34.
- (39) Véase notas 28 y 30 del capítulo III.
- (40) Cfr. PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO; op.cit., p. 64.

- (41) Cfr. SANCHEZ CORDERO Y DAVILA; op.cit., p. 751.
- (42) Cfr. PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO; op.cit., p. 77 y 78.
- (43) Cfr. los arts. 2o. 174, 450 y s., 1795 y 1798 del C.Civ.
- (44) Así, TYAN, op.cit., p. 207.
- (45) Cfr. MANTILLA MOLINA, op.cit., p. 192.
- (46) Así, URIA, Rodrigo; op.cit., p. 356.
- (47) Así, GARRIGUES; op.cit., t. II, p. 63.
- (48) Cfr. NAVARRINI, UMBERTO; op.cit., p. 217.
- (49) Cfr. GARRIGUES; op.cit., p. 63.
- (50) En el derecho extranjero, Cfr. el art. 243 del C. Co. español.
- (51) Tesis 145, en Jurisprudencia definida, en el Apéndice al S.J.F., t. XCVII, 1975.
- (52) Así, MANTILLA MOLINA; op.cit., p. 192.
- (53) Así, SOLA CAÑIZARES; op. cit., p. 31.
- (54) VIVANTE, César; op.cit., p. 585.
- (55) SOLA CAÑIZARES; op.cit., p. 151, y MERINO MERCHAN; op. cit., p. 292.
- (56) Cfr. URIA, Rodrigo; op.cit., p. 355.
- (57) Así, GIERKE, Julius von; op.cit., p. 365.
- (58) Así, GIOVANNI GRANDI; op.cit., p. 135.

C A P I T U L O V

LA ASOCIACION EN PARTICIPACION Y OTROS  
CONTRATOS. SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS

1. La Asociación en Participación y las sociedades mercantiles. Semejanzas y diferencias.

1.1 Consideraciones preliminares.

Para iniciar este apartado es necesario recurrir a la definición que de sociedad nos da el derecho común, en virtud de que nuestra L.G.S.M. la omite (1)

Por el contrato de sociedad, expresa nuestro C.Civ. en su art. 2688, "los socios se obligan mutuamente a -- combinar sus recursos o sus esfuerzos para la realización de un fin común, de carácter preponderantemente -- económico, pero que no constituya una especulación comercial".

Se trata de una sociedad civil, pues si el fin es de carácter lucrativo estaremos en presencia de una sociedad mercantil; pero también, bastará que la sociedad se constituya bajo alguno de los tipos que establece la L.G.S.M. (art. 1o.); para que sea una sociedad mercantil independientemente de la finalidad lucrativa (cfr. arts. 4o. L.G.S.M. y 2695 del C.Civ.).

Atentos a la definición de sociedad, debemos observar que se requiere la combinación de recursos y esfuerzos para la realización de un fin común con objeto de - obtener beneficios y repartírselos entre sí; sin embargo, tal reparto de beneficios no revela por sí mismo, - la existencia de una sociedad; puede válidamente esta--

blecerse en otro contrato, especialmente en el de -- trabajo, en la aparcería, o en el de A. en P.

Se requiere entonces, examinar si en la intención de las partes existe la voluntad de constituir una sociedad (2); es decir, una voluntad de colaboración activa de los miembros, con vista a la realización de un fin social (3); en otras palabras, debe examinarse si existe o no la affectio societatis, es ta idea de colaboración e intención de constituirse en socio de una sociedad, a la que aludiéramos anteriormente y que constituye un elemento característico del contrato de sociedad.

Por lo que atañe a la A. en P., hemos establecido que se trata de una asociación mercantil por su finalidad, pero la diferencia entre ésta y la sociedad no estriba en la finalidad de lucro, como sí --- acontece entre sociedades civiles y mercantiles; la A. en P., no sólo es preponderantemente económica, sino también especulativa, sin que esto la transforme en sociedad (4), toda vez que la idea de colaboración que en ella opera es diversa a la de las sociedades; no sólo falta en la A. en P. la intención de las partes de constituir una sociedad; ciertamente se participa en los resultados de las operaciones, pero no en el control y en la organización de los medios para obtener tales resultados, como sí opera, en cambio, en las sociedades.

Se trata de una mera relación contractual entre los participantes que accidentalmente hace nacer una comunidad de intereses cuando más, en una copropiedad de bienes por disposición de la ley o de los contratantes (5); pero en la que no hay una participación en la gestión y en la administración del patrimonio. Este, por otra parte, como a continuación indicaremos, se constituye en torno y a favor -frente a terceros- de una sola de las partes y no de una sociedad como persona moral, o como forma subjetivada de una comunidad (infra 1.2).

En este orden de ideas, la A. en P. es únicamente un contrato asociativo de "primer grado", en el que una persona llamada asociante participa en el resultado de sus operaciones de comercio, a otra llamada asociado, a cambio de una aportación de bienes o servicios (art. 252 L.G.S.M.).

En los siguientes apartados exponemos las semejanzas y diferencias que existen entre la A. en P. y las sociedades mercantiles.

## 1.2 Ausencia de personalidad en la Asociación en Participación.

El verdadero carácter contractual de la A. en P. y no como negocio de organización, estriba en -- que agota su finalidad en las relaciones recíprocas



entre asociante y asociado; o sea, que carece de la dimensión externa que concede siempre la personalidad jurídica, y por ello no da lugar a una razón o denominación social, ni a un patrimonio propio, así como tampoco es el asociante un representante del asociado en virtud de que actúa en su nombre y responsabilidad individuales (6).

Si bien la personalidad jurídica de la sociedad no es un requisito esencial para que exista como tal, ya que las hay que carecen de ella, como la sociedad conyugal en nuestro derecho común -si realmente fuera sociedad-, o las sociedades ocultas (las que no acuden a sistema alguno de publicidad: registro de comercio o de la propiedad, ni exteriorización ante terceros); tratándose de las mercantiles, sí gozan de personalidad, independientemente que cumplan o no con las formalidades de inscripción en los registros públicos y de aquellas --- otras establecidas por la L.G.S.M., pues basta que se exterioricen como sociedades mercantiles para que gocen de dicha personalidad; lo cual no ocurre con nuestra figura, ni aun cuando se dé a conocer a terceros.

Que sean personas morales implica que pueden obrar y obligarse a través de sus órganos de representación - (arts. 10 L.G.S.M. y 27 C.Civ.), y que cuenten con los atributos propios de estas personas: razón o denominación social, domicilio, patrimonio y nacionalidad.

El problema de la personalidad, como apuntamos, es

un problema de derecho positivo; por disposición legal se determina y atribuye personalidad a determinados entes (arts. 25 C.Civ. y 2o. L.G.S.M.), y sólo estos gozan de ella; de ahí que por propia disposición de la L.G.S.M. (art. 253), la A. en P. carece de personalidad jurídica; por este contrato no se crea una persona moral, sino únicamente da lugar a una mera relación contractual entre los interesados, sin que nazca un ente distinto de las personas de las partes (7); por ello, se diferencia de las sociedades mercantiles; no se requiere razón o denominación social porque el asociante obra y se obliga en su nombre persona; es decir, como único titular de las operaciones de comercio, aunque -- por cuenta suya y del asociado; de ahí, que la A. en P. carezca de la legitimación activa y pasiva frente a los terceros que contratan con el asociante.

Que la A. en P. no sea persona moral, implica también que carece de domicilio, patrimonio y nacionalidad, pues no se puede decir que existen A. en P. mexicanas o extranjeras, sino en todo caso, se determina la nacionalidad del asociante, persona física o moral; tampoco está sujeta a quiebra, características que la diferencian de las sociedades mercantiles.

Por otra parte, si se considera que la personalidad jurídica no es un requisito esencial de las sociedades, como señalamos anteriormente, y que prueba de ello

son las sociedades ocultas; si bien estas sociedades pueden presentar semejanza con la A. en P. en virtud de que permanecen desconocidas para terceros; el carácter oculto en la A. en P. no le es esencial, como sí lo es para dichas sociedades.

En efecto, si la A. en P. se da a conocer frente a terceros, no cambia su naturaleza contractual -- diversa a la de sociedad, porque no supone alguna -- violación a las limitaciones legales; en cambio, si la sociedad oculta se manifiesta ante terceros, se -- transformaría en sociedad irregular, o regular, se -- según que la exteriorización fuera de hecho o mediante su inscripción en el registro.

Las sociedades ocultas, como señala Barrera Graf (8), " son aquellas que no se manifiestan al exterior; que se organizan y que actúan sólo para tener relaciones internas entre los socios que las constituyen"; de ahí, que carecen de personalidad jurídica, puesto que ni se inscriben en el Registro Público de Comercio, ni se manifiestan como sociedades -- frente a terceros (art. 2o. L.G.S.M.).

Cabe hacer notar algunas semejanzas y diferencias que existen entre la A. en P. y las sociedades ocultas: Tanto éstas como la A. en P. carecen de personalidad jurídica, no adquieren derechos ni asumen obligaciones frente a terceros; en las sociedades --

ocultas, cada socio, o alguno de ellos, actúa a nombre propio, en la A. en P. es el asociante quien realiza las operaciones de comercio en su nombre y responsabilidad individuales.

En ambas figuras el contrato puede otorgarse por escrito o en forma verbal -respecto a la A. en P., así lo ha admitido la Suprema Corte de Justicia; es decir, el pacto de A. en P. o de sociedad oculta es válido, con tal que no falte algún elemento de existencia o de validez.

Si bien, ambos pactos tienen validez, en el de sociedad oculta debe existir la affectio societatis, elemento que no existe en la A. en P.; esto es, que aun internamente hay la intención de constituirse en socio de esa sociedad, en cambio, en la A. en P., ni externa, ni internamente hay dicha intención, sino únicamente la de aportar bienes o servicios y participar en los resultados de una negociación mercantil o en una operación de comercio.

Además, si bien, las sociedades ocultas son "negocios incluidos dentro de la categoría de las asociaciones" (9), difieren de la A. en P., porque, como apuntamos anteriormente, existe de manera interna la affectio societatis, y la sociedad existe, aunque de manera interna; en la A. en P., en cambio, interna y externamente sólo hay una relación contrac-

tual, entre asociante y asociado en la que no se incluye la intención de pertenecer a una sociedad.

### 1.3 El carácter bilateral.

Estructuralmente diversas a A. en P. y la sociedad, vienen a colocarse, no sólo en el plano económico, sino también el jurídico, para constituir entre ambas un medio jurídico para que dos o más personas, logren un fin común, a través del esquema asociativo (10); sin embargo, difieren una de la otra por cuanto a que en la sociedad se da o se puede dar una pluralidad de partes, en tanto que en la A. en P. prevalece el carácter bilateral.

La presencia de dos o más partes en la sociedad le imprime la nota de plurilateralidad que le es propia (11); habrá tantas partes como socios haya; los socios se obligan mutuamente a combinar sus recursos o sus esfuerzos a la consecución de un fin común; -- así la sociedad anónima requiere la presencia de --- cuando menos cinco socios (art. 89, fr. I, L.S.G.M.) las sociedades cooperativas de un mínimo de diez --- (art. lo., fr. I, L.G.S.C.); y aun cuando en las --- otras sociedades no se determina el número de so---- cios, existe la posibilidad de que ingresen nuevos - en virtud de que se trata de un contrato abierto --- (12).

En cambio, la A. en P. es un contrato bilate---  
 ral; siempre habrá dos partes, por un lado el aso---  
 ciente y por el otro el asociado o los asociados ---  
 (13); sin que la presencia de dos o más de estos ha-  
 ga suponer que se trata de un contrato plurilateral,  
 porque siempre integrará una parte el asociante y la  
 otra el, o los asociados.

Como bilateral que es nuestro contrato, le es -  
 aplicable la exceptio non adimpleti contractus, que  
 da derecho a cada contratante de rehusar el cumpli--  
 miento de la propia obligación si el otro acciona --  
 sin haber cumplido la propia; e inclusive, es aplicable  
 el pacto comisorio tácito, o sea, el derecho de  
 rescindir el contrato por incumplimiento de una de -  
 las partes, en el que la parte que ha cumplido tiene  
 derecho a exigir de la incumpliente la rescisión o -  
 el cumplimeinto forzado del contrato, y en ambos ca-  
 sos el pago de daños y perjuicios (arts. 376 C.Co. y  
 1949 C.Civ.), derecho que le asiste tanto al asociante  
 como al asociado.

En cambio, en la sociedad, contrato plurilate--  
 ral, no se aplican estas reglas, en virtud de que no  
 afectarían las relaciones entre los socios, sino a -  
 la sociedad misma, pues, como expresa Barrera Graf  
 (14) "la nulidad de la aportación de un socio o el -  
 incumplimiento en que incurriera, daría lugar a la -

nulidad de ella o al derecho de los otros socios --- frente al incumplimiento a demandar la rescisión o - el cumplimiento forzoso...".

#### 1.4 Falta de patrimonio.

La finalidad de la relación económica y jurídica de la A. en P. no es la constitución de un nuevo patrimonio para la gestión en común, sino la distribución de un riesgo que incumbe a ciertos negocios u operaciones comerciales de una persona.

Nota distintiva del contrato de A. en P. respecto a las sociedades es que no se crea un patrimonio separado, o distinto al de las partes; no hay la puesta en común de alguna cosa, como opera en éstas; la entrega de capital al asociante produce, en principio, la transmisión de la propiedad a su favor exclusivamente; no afluye la aportación a ningún patrimonio social, porque no existe alguno (15). La A. en P. carece de patrimonio social, de autonomía patrimonial, que es consecuencia de la personalidad jurídica (16), y los bienes aportados por el asociado no entran al patrimonio de la A. en P., sino al del asociante.

Pardessus (17), que admite la existencia de un ente moral en la A. en P., considera que tiene un capital que es necesariamente distinto al patrimonio -

de las partes y de aquel "extra social"; pero suponiendo que la A. en P. tuviera un patrimonio interno y que las partes pactaran la creación de un patrimonio separado, y que así lo manifestaran, estaríamos no en presencia de una A. en P., o de una sociedad (18), sino, cuando más, de un estado de copropiedad o de comunidad, porque independientemente del nombre que las partes quieran dar al contrato, jurídicamente es aquél que las mismas quisieron formar (19), -- puesto que las cosas son lo que su esencia determina y no el nombre que les quieran dar.

No se trata de un patrimonio separado, como -- nuevo sujeto de derecho, ni de un patrimonio de afectación, porque la ley no le reconoce algún derecho, -- tampoco le atribuye obligaciones; se trata del patrimonio del asociante, aumentado por los bienes aportados por el asociado (20)

En efecto, la L.G.S.M., establece que los bienes aportados por el asociado pertenecen, frente a terceros, al asociante, lo que podría excluir aquellos supuestos.

La colaboración económica entre asociante y -- asociado no da lugar a la formación de un patrimonio común, sino que las aportaciones del asociado, como hemos dicho, pasan a propiedad del asociante --frente a terceros--, sin perjuicio de que el asociado conser



ve contra aquél un derecho de crédito sobre la parte de dicha aportación y que concurra a participar en los riesgos de las operaciones, según el pacto convenido (21).

En efecto, cuando el asociado no transmite la propiedad de su aportación tiene un derecho personal contra el asociante para obtener dicha aportación -- que entregó en cumplimiento de su obligación. Se trata de un derecho personal, de carácter obligacional, en virtud de que existe un vínculo jurídico por el que el asociante está sujeto; respecto del asociado, a un abstención (enajenación del bien aportado) y a un hecho (la devolución de ese bien); en otras palabras, existe una relación jurídica patrimonial, en virtud de la cual el asociante (deudor) queda vinculado para cumplir una prestación de carácter positivo o negativo, frente al asociado.

De ahí que la restitución de bienes del asociado esté fundada en un derecho personal, de carácter obligacional, y no en un derecho real. Rodríguez Rodríguez (22), señala que se entrega lo que se tiene por un derecho propio a quien ha adquirido un derecho real (absoluto o real limitado), o de goce, o de disfrute temporal, y agrega que, se restituye el --- bien recibido por un título obligacional o real (limitado), de goce o de disfrute del mismo, o que se --

detenta sin título, respecto de quien sí lo tiene. El mismo autor señala que "mientras es posible fundar la obligación de entrega por un título posesorio, la obligación de restitución es de base exclusivamente obligacional".

Por ello, consideramos, que el asociado tiene un derecho personal o de crédito frente al asociante para obtener la restitución del bien aportado; que esta restitución es de base obligacional.

Acosta Romero (23), al hablar del crédito, señala como elementos de éste: la existencia de ciertos bienes; la transferencia de ellos o de su disposición jurídica, de su titular a otra persona; el tiempo durante el que se usan esos bienes; y, la obligación de restitución de los mismos. Si bien, el autor, se refiere a las operaciones de crédito, creemos que esos elementos operan como presupuestos para que el asociante restituya al asociado aquellos bienes de los cuales éste no transmitió la propiedad, sino sólo el uso o goce.

Esta carencia de patrimonio en la A. en P., la hace diferente, también, de las sociedades, en virtud de que éstas cuentan con un patrimonio propio que -- inicialmente coincide con el capital social, y que se integra con las aportaciones de los socios, y los bienes, derechos y obligaciones que se obtienen como

consecuencia de los actos realizados por sus representantes, el cual sirve de garantía para el cumplimiento de sus obligaciones.

El patrimonio social, expresa Mantilla Molina (24), es el conjunto de bienes y derechos de la sociedad con deducción de sus obligaciones. Como quiera que se defina al patrimonio de la sociedad, éste comprende tanto el aspecto activo como el pasivo del ente social (25).

En cambio, las aportaciones del asociado ingresan al patrimonio particular del asociante, sin constituirse en patrimonio de la A. en P.; los bienes del asociante se confunden con los aportados por el asociado, y todos juntos responden de las obligaciones aquél.

Para la legislación francesa, las aportaciones de los contratantes de una A. en P. y los bienes que se obtengan mediante esas, pueden constituir una copropiedad o indivisión; pero aun en este caso no puede hablarse de propiedad social, sino, en todo caso, de indivisión (26); de ahí que los contratantes no tengan la acción pro-socio, sino la acción pro-indiviso, de donde se deduce que la A. en P. -incluso para Francia que la considera sociedad- carece de patrimonio propio a diferencia de las sociedades.

Cabe señalar que en materia de sociedades la transmisión de las aportaciones se entiende en propiedad (art. 11 L.G.S.M.); y que esta disposición legal opera mutatis mutandis tratándose de la A. en P. respecto al asociante y frente a terceros, pero mientras en aquellas ingresan al patrimonio social, en ésta únicamente al acervo patrimonial del asociante, en virtud de que no hay un ente social, ni siquiera de naturaleza civil, porque cuando dos personas aportan bienes para explotar un negocio mercantil sin que el fondo común pase a una nueva persona moral, sino que las partes conservan la propiedad de los bienes aportados, no se constituye una sociedad civil o mercantil (27); por ello, se puede decir con Rotondi (28), que faltando un patrimonio autónomo, falta naturalmente la posibilidad de hablar de persona jurídica; de donde se desprende otra diferencia entre la A. en P. y las sociedades.

#### 1.5. La forma del contrato.

Tanto la sociedad como la A. en P. son contratos formales, en oposición a reales, ya que la Ley precisa la forma en que las partes deben expresar su consentimiento (arts. 78 C.Co. y 5o., 6o. y 252 L.G.S.M.); sin embargo, difieren una de la otra, en cuanto que, mientras la sociedad debe constituirse ante notario y en la misma forma deben constar sus

modificaciones, así como que está sujeta a registro (art. 260 L.G.S.M.), la A. en P., en cambio, se constituye por escrito privado y está exenta de registro. Puede, sí, registrarse la transmisión del bien aportado; aunque ello suponga o implique hacer referencia a la A. en P., el dato registral es de aquél y no de ésta.

Lo mismo acontece, si el asociado no transmite la propiedad del bien aportado, en cuyo caso, la L. G.S.M. (art. 257) establece la inscripción de la --- cláusula relativa en el Registro Público de Comercio. Esto es, para que surta efectos frente a terceros la no transmisión de propiedad de ese bien, debe inscribirse el pacto que así lo establezca; en este supuesto tampoco se inscribe directamente el contrato de A. en P., sino sólo la cláusula, aunque ésta haga referencia a aquella.

De suerte que las formalidades requeridas para las sociedades difieren de las previstas para la A. en P. es ésta se reducen a la forma escrita, e incluso se permite -al igual que en Italia- el pacto verbal, de acuerdo con algunas ejecutorias de la Suprema Corte de Justicia (Cfr. supra capítulo III, apartado 1.2.4.).

Para la constitución de las sociedades debe expresarse el nombre y los datos particulares de cada

socio, la razón o denominación social, el importe de capital que cada socio aporte, el nombramiento de administradores, el importe del fondo de reserva y las bases para su liquidación (art. 6o. L.G.S.M.), requisitos todos ellos que no aparecen en la A. en P. cuya característica es que permanece ignorada por terceros, aunque puede ser conocida por estos mediante su publicidad de hecho; los contratantes pactan y fijan los términos, proporciones de interés y demás condiciones en que deba realizarse el contrato (art. 255 L.G.S.M.).

Basta que el contrato de A. en P. conste por escrito y que se exprese en él, el acuerdo de voluntades, el objeto del contrato y el motivo o fin del mismo, para que el contrato sea válido. La Ley otorga libertad contractual a las partes (29), la que sólo se ve restringida por la naturaleza del contrato y por el orden público y las buenas costumbres; mientras que en las sociedades, además de estas restricciones, la L.G.S.M. expresamente determina la forma de su constitución y sus requisitos esenciales (art. 6o. frs. I a VII), y aun omitidos otros requisitos no esenciales, como los de las frs. VIII a XIII del propio art. 6o-, estos son suplidos por la ley (arts. 7o. y 8o. L.G.S.M.).

En efecto, en materia de sociedades, la L.G.S.M. establece en el art. 6o., los requisitos que debe

satisfacer la constitución de una sociedad, algunos de los cuales son suplidos por la propia ley, o --- bien, los socios pueden pedir que se satisfagan esos requisitos omitidos; sin embargo, no se establece -- que, en cuanto a los esenciales, puedan ser subsanados; Barrera Graf (30) analiza esta situación, que -- no resuelve la L.G.S.M., y considera que, si bien no se puede pedir su nulidad -la sociedad no puede ser declarada nula sino por las causas establecidas en -- el art. 30.- es posible el cumplimiento ulterior de esos requisitos faltantes, y ante la imposibilidad -- de ese cumplimiento, su disolución o liquidación.

#### 1.6 La gestión de las operaciones en la Asociación en Participación y en las sociedades.

Tratándose de sociedades, estas obran y se -- obligan por medio de los órganos que las represen-- tan; es decir, que las sociedades, tanto civiles como mercantiles, actúan a través de sus órganos de re-- presentación (arts. 27 C.Civ. y 10 L.G.S.M.), admi-- nistradores y gerentes (arts. 10, 34, 36, 54, 74, -- 78, 142, 146, etc. L.G.S.M.); en cambio, en el caso de la A. en P., por carecer de personalidad jurídi-- ca, la gestión corresponde únicamente al asociante, quien obra bajo su nombre y responsabilidad y no re-- presenta ni actúa a nombre de la A. en P., ni a nom-- bre del asociado, sino a nombre y por cuenta propios,

y también por cuenta del asociado; él es quien se -- obliga frente a terceros y obliga a estos con él.

La gestión de la A. en P., normalmente la realiza de manera exclusiva al asociante y el asociado sólo participa en el riesgo de las operaciones; no hay el ejercicio en común que existe en las sociedades; cierto es que el asociado puede participar en la administración de la negociación y que puede ejercer un derecho de control sobre las operaciones objeto del contrato (incluso en el Ordenamiento ítalo se establece este derecho), que aunque no se consigue expresamente en la L.G.S.M., se puede pactar en honor a la libertad contractual con que cuentan los contratantes (art. 255 L.G.S.M.); e incluso, si no existiera pacto alguno al respecto. Pero ese derecho del -- asociado no deriva de la titularidad de la empresa, la que corresponde, cuando menos externamente, al -- asociante; sino del hecho de celebrar el contrato, -- así como de su aportación, independientemente de que se constituya por bienes o por servicios y de su participación en los resultados de las operaciones.

Lo anterior significa que si bien el asociado tiene o puede tener alguna injerencia en las operaciones de la A. en P., ello no es en el mismo sentido que tienen los socios en las sociedades, sino que puede ser una mera verificación post factum de las -- operaciones realizadas por voluntad del asociante, --



pues éste concede una participación en los riesgos - de sus operaciones a otro u otros que le aportan bienes o servicios. No se excluye, por supuesto, que el asociado pueda tener una injerencia directa en la administración de los negocios, pues puede actuar como representante de la empresa del asociante en la que él es asociado.

La L.G.S.M. determina que las sociedades deben contar con órganos de representación, según cada tipo de sociedad, y quienes ejercen el poder de administración representan al ente social; en cambio, en la A. en P., el asociante no es órgano de voluntad colectiva alguna, sino que, en nuestro derecho, es el unico sujeto activo, y su voluntad es personal, sin que represente ninguna voluntad colectiva.

Nuestra Suprema Corte de Justicia, ha expresado respecto al asociante que: "...se confía en él, en su diligencia, en su pericia y en su éxito, lo único que se participa (al asociado), es el resultado de su actividad...La reunión es sólo para dividir los resultados. Por eso no tiene personalidad jurídica; el gestor (asociante) obra en su propio nombre" (31).

En efecto, el elemento participación que califica a nuestra figura, tiene una connotación diversa a la que se da en las sociedades; en donde consiste,

como hemos dicho, en el poder de formación de una voluntad colectiva o en el poder de injerencia, en una posición de paridad con los socios; mientras que en la A. en P. la participación se concreta y se agota en el derecho a las utilidades y en la sujeción a -- las pérdidas, así como en la rendición de cuentas -- pues el asociado tiene el derecho de saber el destino que se le dió a los bienes aportados por el-.

Pero, además existen otras diferencias entre ambas figuras: así, podemos mencionar que el asociante sólo goza de su crédito comercial y bancario; que no puede ampliar al negocio u operaciones de la A. en P. acudiendo al público, como en las sociedades anóni--mas, a través de acciones u obligaciones (art. 208 L.G.T.O.P.) (32). Los acreedores de la sociedad son pagados con los bienes del ente social, con preferencia, o con exclusión según sea el caso de que tengan o no responsabilidad propia, a los bienes personales de los socios; y aquellos únicamente pueden embargar la parte de utilidades que eventualmente corresponda a su deudor en la sociedad (33); en cambio, en la A. en P., no se distinguen los acreedores particulares del asociante con los que resulten de las operacio--nes del contrato, en virtud de que no actúa a nombre de la A. en P., sino en su nombre personal (Cfr. --- arts. 284 C.Co. y 2561 C.Civ.); todos sus acreedores concurren y son pagados con su patrimonio individual, sin que haya preferencia de unos sobre otros, sino -

en la medida de la calidad de sus créditos.

En efecto, en caso de quiebra del asociante, - por aplicación del art. 261 de la L.G.Q.S.P., no --- existe diferencia entre los acreedores (del quebra-- do) por operaciones de la A. en P. y aquellos por -- operaciones mercantiles propias del asociante (fr. IV); inclusive, los acreedores particulares del aso-- ciante pueden tener preferencia al pago de sus crédi-- tos si se trata de acreedores singularmente privile-- giados, hipotecarios, o con privilegio especial (frs. I a III del art. 261 L.G.Q.S.P.).

En las sociedades personales, las obligaciones sociales están garantizadas subsidiariamente por la\_ responsabilidad ilimitada y solidaria de los socios\_ colectivos (34); mientras que en la A. en P., el aso\_ ciante responde directamente, ya que, como hemos di\_ cho, no existe algún ente social y el asociado no -- tiene responsabilidad alguna con los terceros (35).

### 1.7 Funcionamiento, disolución y liquidación.

Cierto es que hay puntos de contacto entre la A. en P. y las sociedades mercantiles. Confirma esta relación el hecho de que nuestra L.G.S.M. prescribe que a falta de disposiciones especiales, la A. en P. funciona, se disuelve y liquida conforme a las re-- glas previstas para las sociedades en nombre colecti\_ vo (art. 259).

En efecto, si bien la A. en P. constituye un contrato típico y nominado, también es cierto que su regulación es pobre, y que siendo un contrato asociativo, aunque diverso al de sociedad, tiene puntos de coincidencia con éste; por ello, debiendo respetar primero la voluntad de las partes (36), el legislador previó la aplicación de las reglas de las sociedades y concretamente las de las sociedades en nombre colectivo (37).

Pero la A. en P. es diferente a las sociedades en nombre colectivo. En efecto, en éstas, todos los socios responden de manera subsidiaria, solidaria e ilimitada de las obligaciones que asuma el ente social (art. 25 L.G.S.M.); en cambio, en la A. en P., solo el asociante responde de las obligaciones de las operaciones y su responsabilidad es directa y no subsidiaria; por su parte el asociado, responde frente al asociante, hasta el valor de su aportación (art. 258 L.G.S.M.), por lo que no podría tener aquella otra responsabilidad; pues de ser así, la quiebra del asociante provocaría su quiebra (art. 40 L. G.Q.S.P.), lo cual, además, no opera, porque el artículo 128 fr. IV de la L.G.Q.S.P. prevé sólo la compensación del asociado en la quiebra del asociante.

Las reglas previstas para las sociedades en nombre colectivo, sólo se aplican a la A. en P., ante el silencio de las partes y cuando dichas reglas no pugnen con las disposiciones previstas en la ---

L.G.S.M., ni con la naturaleza propia de dicha figura. Sin embargo, a nuestro juicio las reglas que primero deberían serle aplicables, serían las de las sociedades en comandita simple, y sólo supletoriamente, las de las sociedades en nombre colectivo, y ---ello, en virtud de la semejanza más estrecha que ---guardan los socios de la comandita con los contratantes de una A. en P.

En efecto, en las sociedades en comandita simple los socios comanditados, que responden de manera solidaria, subsidiaria e ilimitada, y que son quienes realizan actos de administración de la sociedad, y sus nombres forman la razón social del ente (arts. 51, 52 y 54 L.G.S.M.), corresponden al asociante; ---los comanditarios, que únicamente se obligan al pago de su aportación, que no pueden ejercer actos de administración so pena de responder solidariamente para con los terceros (art. 51, 54 y 55 L.G.S.M.), ---guardan semejanza con los asociados de la A. en P. De cualquier manera debemos advertir que la propia L.G.S.M. prevé aplicables a estas sociedades algunas de las disposiciones previstas para las sociedades en nombre colectivo (art. 57).

Por otra parte, el pacto que establezca que a la muerte de alguna de las partes el contrato continúe con sus herederos, opera en la A. en P., al ----igual que en las sociedades en nombre colectivo ----

(Art. 32 L.G.S.M.). Respecto a las modificaciones -- del contrato, como en las sociedades personales, que requieren, en principio el acuerdo unánime de los so cios, en la A. en P. (art. 34 L.G.S.M.) se requiere el consentimiento de las dos partes.

En cuanto a la prohibición de realizar operaciones o negocios del mismo género de los que constituyen el objeto (fin o causa) de la A. en P. (art. 35 L.G.S.M.), debe entenderse que opera para el asocian te, quien realiza las operaciones, salvo que en el - contrato se haya estipulado el consentimiento de las partes, ya que de hacerlo iría en perjuicio del aso ciado y éste tendría derecho a exigir el pago de daños y perjuicios; pues habiendo aportado sus bienes\_ para participar en operaciones del asociante, éste - las habría realizado para su exclusivo provecho, y - privaría a aquél de obtener las ganancias a que tiene derecho (arts. 2104, 2108 y 2109 C.Civ.). La prohibición de competencia para el asociado sólo puede operar también por virtud del pacto.

La rendición de cuentas, como señalamos ante--- riormente, deberá hacerse semestralmente si no se ha pactado otra cosa, y en cualquier tiempo en que lo - acuerden los contratantes, como establece el art. 43 de la L.G.S.M. (al que remite el art. 259 de la misma L.G.S.M.) (38). En cuanto a la rescisión del con trato, como vimos en el capítulo anterior, son apli-

bles a la A. en P. las disposiciones previstas para la rescisión de la sociedad en nombre colectivo (art. 50), con la modalidad de que la A. en P. puede rescindirse por emplear el asociante las aportaciones del asociado para negocios propios y exclusivos de él; por comisión de actos fraudulentos o dolosos por alguna de las partes, o por ambas en perjuicio de terceros; y por quiebra del asociante (salvo las excepciones señaladas en el capítulo IV, 1.8.2. y 2.5), interdicción o inhabilitación para ejercer el comercio.

A diferencia de las sociedades, cualquiera de las partes del contrato de A. en P. puede invocar la exceptio inadempti contractus, frente a la otra parte incumpliente, o demandar la rescisión o el cumplimiento forzoso del contrato, y en ambos casos el pago de daños y perjuicios (arts. 376 C.Co. y 1949 C.Civ.).

En general, sólo le son aplicables a la A. en P., algunas de las disposiciones previstas para las sociedades en nombre colectivo que no pugnan con la naturaleza de aquella; por ello, la supletoriedad de las normas que regulan a las sociedades en nombre colectivo debe entenderse que siempre regulan las relaciones entre asociante y asociado, pero nunca respecto a terceros.

### 1.8 Distribución de utilidades y pérdidas.

En esta materia también son aplicables a la A. en P., las reglas previstas en la L.G.S.M. para la distribución de utilidades y pérdidas en las sociedades (art. 16). Reglas que sólo se aplican cuando las partes no establecen forma alguna de su distribución y siempre que ellas no pugnen con las disposiciones previstas para la A. en P., ni con la prohibición -- del pacto leonino que consagra el art. 17 de la L.G. S.M.

En la A. en P. existe la obligación del asociante de atribuir al asociado (o asociados) una parte de las utilidades o pérdidas que sean obtenidas por aquél, y existe el derecho personal del asociado frente al asociante de obtener y de exigir la parte convenida; pero si no se pactó la forma en que han de participar, deben ajustarse a las reglas previstas en el art. 16 de la L.G.S.M. (al que nos remite el art. 258).

El art. 16 citado, fija reglas de distribución de utilidades y pérdidas en cuanto a la naturaleza de las aportaciones, y determina la distribución según que las aportaciones sean de capital (bienes) o de industria (trabajo).

Si el asociante y el asociado aportaron capital, la distribución de utilidades o pérdidas será -



proporcional a su aportación. Si del balance elaborado según el pacto, se acuerda el reparto de utilidades o pérdidas, cada parte adquiere utilidades o asume pérdidas, según el caso, en proporción a sus aportaciones (art. 16, fr. I).

Si una de las partes aportó industria, le corresponderá la mitad de las utilidades (art. 16, fr. II), si fueren varios los asociados y todos ellos hubieren aportado su trabajo, entre ellos se dividirá la mitad de las ganancias y la otra mitad le corresponderá al asociante.

Estos dos supuestos no ofrecen problema en la A. en P.; sin embargo, el de la Fr. III del propio art. 16 que establece que "el socio industrial no reportará las pérdidas", requiere una mayor explicación. Nosotros consideramos (V. supra capítulo III, 2.4), que este supuesto no es aplicable a la A. en P. cuando es el asociante quien sólo aporta sus servicios; es decir, cuando el asociante no aporta bienes sino sólo su trabajo que consiste en la organización, dirección y realización de la negociación mercantil, o de las operaciones de comercio (39).

En efecto, la aplicación de esta fr. III haría suponer que el asociante, quien según el art. 256 de la L.G.S.M. obra en su propio nombre y como tal responde de las obligaciones de la A. en P., al no res-

ponder de las pérdidas limitara su responsabilidad - al valor de los servicios prestados; lo cual, como - ya dijimos, sería incongruente con lo dispuesto en - el art. 258 que exime al asociado de una responsabi- lidad mayor al valor de su aportación. Esta disposi- ción del art. 258 es válida tanto interna como exter- namente (para el supuesto de que los terceros tuvie- ran conocimiento de la A. en P. y que ejercitaran la acción oblicua contra el asociado). El asociado sólo responde frente al asociante hasta el valor de su -- aportación y el asociante, aunque haya aportado ser- vicios, responde frente a terceros de todas las obli- gaciones por él contraídas, sin perjuicio de que pue- da repetir contra el asociado; pero éste, repetimos\_ sólo responderá hasta el monto de su aportación.

La norma del art. 16, fr. III, sólo puede apli- carse al asociado (al igual que a los socios indus- triales de responsabilidad limitada). Ahora bien, la expresión "el socio industrial no reportará las pér- didas", parecería indicar, textualmente, que no se - participa en éstas. Debemos tomar en cuenta que la - finalidad de la A. en P. consiste en participar a -- una persona en el riesgo de una o varias operaciones de comercio, en sus resultados, y no en hacer como - único responsable de las pérdidas al asociante (pues, entonces éste no celebraría el contrato) o al asocia- do, en virtud de que éste permanece ajeno al comer--

cio, y confía en la pericia y éxito comerciales que pueda tener el asociante. Además, en realidad, quien aporta servicios, también reporta las pérdidas en -- cuanto que nada reciba a cambio de su trabajo prestado (40).

Por el contrario, admitir la hipótesis del multicitado art. 16 en su fr. III, como se desprende de su definición legal (art. 252), iría contra la naturaleza de la A. en P. Por otra parte, no compartimos la opinión de De Gregorio, quien sostiene que en tal situación no se viola principio alguno de equidad -- (41); consideramos, por el contrario, que dicha te--sis equivaldría a legitimar el pacto de exclusión de las pérdidas, que también consideramos como leonino, y por ende, prohibido (42), y que tratándose de negocios asociativos de derecho civil se sanciona con nulidad, no sólo a él, sino la sociedad misma (43).

En todo caso, para quienes no compartieran nuestra punto de vista, diremos, que si no se participa en las pérdidas de una A. en P. no se estaría en presencia de este contrato, sino en todo caso en --- otro negocio distinto al de una A. en P.; vgr. en un contrato de co-interés (44), o en uno de trabajo con participación en utilidades, pero no en una A. en P.

Para finalizar este apartado referente a la A. en P. y las sociedades mercantiles, nos resta decir

que la aplicación de las reglas consignadas para las sociedades en las relaciones recíprocas de los participantes de una A. en P., se justifica porque la A. en P., como negocio asociativo, es similar al contrato de sociedad, ya que al igual que éste, tiene por objeto la división de utilidades y pérdidas que derivan del negocio efectuado en interés común, aunque sólo a nombre del asociante.

Sin embargo, aquellas reglas de las sociedades que presuponen la existencia de un ente social, de un fondo común, o aquellas otras que imponen sanciones especiales a los socios (como la exclusión, prevista en el art. 35), no son aplicables a la A. en P. (45) por su naturaleza bilateral, por la carencia de personalidad y por la inexistencia de relaciones entre el asociado y los terceros.

Respecto a las acciones que cada contratante tenga contra el otro, deberán ejercitarse según las normas ordinarias del procedimiento mercantil, pero no ante la autoridad judicial de un supuesto domicilio de la A. en P., ya que jurídicamente carece de él en virtud de que no es persona moral (46), sino ante la autoridad judicial del domicilio del deudor (cfr. arts. 1104 y 1105 C.Co.).

## 2. La asociación en Participación y las Sociedades Irregulares y las Sociedades Ocultas.

Cobra importancia la distinción entre estas dos figuras (sociedades irregulares y sociedades ocultas) y la A. en P., en virtud de que por la demora de algunos trámites jurídicos, la usual urgencia por operar en el comercio, la accidentabilidad de un negocio comercial, la posibilidad de compartir el riesgo de una empresa, la necesidad de capital que de obtenerse de otra manera menoscabaría los ingresos por los altos intereses bancarios y el alea de perder todo lo invertido, constituyen circunstancias que hacen que las personas se asocien irregularmente frente a la tipología legal, o bien, que constituyan una sociedad oculta, o que celebren una A. en P.

### 2.1 Sociedades irregulares.

Cuando varios individuos convienen en constituir una sociedad y como tal se manifiestan frente a terceros sin cumplir con los requisitos establecidos por la ley, nos encontramos frente a una sociedad irregular, frente a una sociedad que ofrece vicios de publicidad; pero nuestra L.G.S.M. reconoce personalidad a estas sociedades con tal que se exterioricen como tales frente a terceros, consten o no en escritura pública (art. 2o. párrafo 3o.).

La sociedad irregular es aquella que adolece de vicios de publicidad, esto es, que no se inscribe en los registros públicos, pero que se exterioriza como sociedad. A diferencia de la A. en P., la no inscripción en el Registro Público de Comercio de la sociedad, constituye una irregularidad (47), mientras que la A. en P., no sólo está exenta de publicidad, sino que la ley la excluye (arts. 254 y 256), y aunque se manifestara frente a terceros y se diera a conocer, no se convertiría en una sociedad irregular.

La sociedad irregular tiene personalidad jurídica distinta de la de sus miembros, mientras que la A. en P. carece de personalidad y el asociante es el único que compromete su patrimonio personal por las operaciones realizadas.

La exteriorización de la sociedad irregular frente a terceros es, en nuestra legislación, un requisito sine qua non para el otorgamiento de personalidad; la A. en P., en cambio, ni es persona jurídica, ni se manifiesta como sociedad; sí pueden los contratantes revelar su existencia, pero ello no la transforma en sociedad, en todo caso, da mayor seguridad a los terceros que contratan con el asociante.

En estas sociedades, los socios no culpables de la irregularidad pueden exigir el pago de los daños y perjuicios que sufran como consecuencia de ésta, a

quienes fueran culpables, y a los que actuaran como representantes o mandatarios de dicha sociedad (art. 2o., párrafo 6o), mientras que en la A. en P. este supuesto no opera, ya que no existe irregularidad en la celebración del contrato, la falta de registro es una característica perfectamente regular.

En cuanto a la representación de la sociedad irregular, puede llevarse a cabo por uno o varios -- de los socios, quienes responden del cumplimiento de los actos por ellos realizados de manera subsidiaria, solidaria e ilimitada, e incluso asumen responsabilidad penal en que hubieren incurrido, cuando los terceros resultaren perjudicados (art. 2o., párrafo 5o); en la A. en P., en cambio, el asociante es el único que realiza las operaciones mercantiles y su responsabilidad no sólo es subsidiaria, solidaria e ilimitada, sino que es directa, y responde con todo su patrimonio.

Por otra parte, ambas figuras presentan semejanzas en la medida en que las relaciones internas se rigen por el contrato respectivo, y en su defecto por aquellas normas especiales de la L.G.S.M.; pero en las irregulares serán aplicables las disposiciones según la clase de sociedad de que se trate (48); mientras que la A. en P., a falta de estipulaciones especiales, se rige siempre por las normas de las -

sociedades en nombre colectivo, que no contraríen la naturaleza de la A. en P.

En derecho extranjero existen casos límites en que, respecto a la A. en P., por la amplitud de las operaciones, o la prolongación en el tiempo de su duración, podría considerarse que se transformara por vía de hecho en una sociedad irregular. Este supuesto parece probado en la legislación argentina, en la que únicamente se admite la A. en P. como aquella cuyo objeto sea una o varias operaciones determinadas y transitorias, de tal manera que su indefinida o -- prolongada duración la transformaría en una sociedad irregular (49).

Entre nosotros, la prolongación de la A. en P. no puede determinar que se trate de una sociedad, de los términos del art. 252 se infiere que nuestra A. en P. también puede tener tal carácter, además de -- ser transitoria.

Por otra parte, el asociante puede solicitar - que se le constituya en suspensión de pagos y que se convoque a sus acreedores para la celebración del -- convenio preventivo de la quiebra (art. 394 L.G.Q.S. P.); la sociedad irregular, en cambio, está exenta - de este beneficio (cfr. arts. 396, fr. VI y 397 Ibid)



## 2.2. Sociedades ocultas.

Cobra también importancia la distinción entre estas sociedades y la A. en P., en virtud de que podrían existir casos límites entre ambas, en los que únicamente las características particualres del caso podrían darnos la pauta de su encuadramiento. Sin em bargo, debemos advertir que las diferencias entre am bas figuras resultan no sólo de su concepción, sino también de la regulación jurídica de la A. en P. y de la ausencia de esa en las sociedades ocultas.

Como hemos señalado (supra 1.2 de este capítulo), las sociedades ocultas, al igual que la A. en P., carecen de personalidad jurídica porque no se re gistran ni se manifiestan al exterior; se organizan y actúan únicamente porque los socios que las consti ti tuyen mantienen relaciones internas.

La A. en P. se diferencia de esas sociedades, porque en ellas existe una gestión común, así como la aportación de bienes y servicios de cada socio pa ra el ejercicio, en común, de una actividad económica; en tanto que en la A. en P., la aportación del as asociado pasa al patrimonio del asociante y no existe el ejercicio en común de dicha actividad (50).

Se sostiene, en el derecho argentino, que la A. en P. es una sociedad oculta, "anómala" (51), una so

ciudad que crea entre sus miembros una relación jurídica oculta, interna, y que es precisamente en esta faz interna en donde se manifiestan sus caracteres típicos de sociedad; sin embargo, ni aun internamente existe sociedad, pues no hay el ánimo o la intención de formar una sociedad o de que las partes se constituyan en socios.

Cabe admitir que la diferencia entre la A. en P. y las sociedades es clara, cuando ponemos como elemento esencial la creación de una persona jurídica subjetiva u objetivamente autónoma, pero sí además de la publicidad de esta entidad jurídica es admitida una relación puramente interna, el problema se complica respecto a la distinción entre la A. en P. y esas sociedades; sobre todo, si se sostiene que entre los contratantes existe una relación de sociedad de manera interna. No obstante, la diferencia subsiste: esas sociedades ocultas, aunque no cuentan con personalidad jurídica, tienen una organización interna; en cambio, en la A. en P., no existe tal, los participantes no tienen la intención de ser socios, sino sólo la de participar en los resultados de las operaciones comerciales, tampoco hay la comunión de medios y de poderes, ni la existencia de órganos propios de una sociedad: asamblea, consejos de administración o de vigilancia; características de las sociedades, incluso de las ocultas.

En efecto, cuando la acción externa se realiza por una sola persona, pero es determinada por la acción volitiva de todos los contratantes, ello es resultado de una voluntad colectiva, de una sociedad - (52); de igual manera que si esa situación no se exterioriza (o hace de manera irregular); en cambio, - si la actividad externa la realiza una sola persona, que es determinada por su única voluntad, y cuando - por ese acto volitivo la otra u otras personas solo adquieren, una participación en los resultados prósperos o adversos de dicha acción (encaminada a realizar operaciones de comercio), nos encontramos frente a una A. en P. (53) y no frente a una sociedad, ni si quiera oculta.

Por ello, no se puede decir que la A. en P. -- sea una sociedad oculta entre los contratantes, en virtud de que no existe su voluntad de constituirse en socios de alguna sociedad; con razón señala De -- Gregorio (54) que la A. en P. puede aislarse de las otras figuras asociativas comprobando la voluntad - originaria, en el acto de constitución, y en la voluntad real de los que participan en ella; y de ese acto volitivo se desprende que no se ha querido formar una sociedad oculta, sino una A. en P.

Es cierto que ambas figuras son ocultas, pero -

mientras que cuando desaparece esta característica - en las sociedades ocultas éstas se transforman en sociedades irregulares (55) (pues el carácter oculto - les es esencial); en la A. en P., como hemos señalado reiteradamente, el conocimiento por terceros de la existencia del contrato no cambia su naturaleza - (sobre el carácter oculto de la A. en P., cfr. capítulo II, 5.3).

### 3. La Asociación en Participación y la Sociedad en Comandita Simple.

Ambas figuras, afines por la comunidad de origen de acuerdo con la doctrina dominante (56), presentan diferencias que debemos resaltar.

Nuestra L.G.S.M. expresa en su art. 51 que la sociedad en comandita simple es la que existe bajo una razón social y se compone de uno o varios socios comanditados que responden de manera subsidiaria, solidaria e ilimitada, de las obligaciones sociales, y de uno o varios comanditarios que únicamente están obligados al pago de sus aportaciones.

Las divergencias entre ambas figuras resaltan claramente, en virtud de que la A. en P., a diferencia de la comandita, no es una sociedad mercantil, no aparece en la enumeración del art. 10. de la propia L.G.S.M., carece de personalidad jurídica, de ra

zón o denominación social y de patrimonio.

Los socios comanditarios son copartícipes de -- una comunidad de personas que se exterioriza en una firma o razón social, mientras que el asociado de la A. en P. es partícipe de una gestión común, la cual, sin embargo, se manifiesta e exterioriza mediante -- la voluntad individual del asociante.

En la comandita, señala Arcangeli (57), se tiene una verdadera y propia sociedad, en el sentido -- que las cuotas sociales constituyen un fondo patrimonial, del cual se deberá considerar propietaria la -- sociedad como tal o la colectividad de los socios, -- según que se admita o se niegue la personalidad jurídica de la sociedad. En la A. en P., en cambio, continúa el autor, el participante no es un verdadero -- socio, y la participación común no forma una verdadera sociedad, porque la cuota del participante (asociado) no va a constituir un patrimonio particular, sino que pasa la propiedad al asociante.

La sociedad en comandita se manifiesta mediante una razón social, característica que consiste en la necesidad de publicación del contrato, en cambio, en la A. en P., como expresa Arcangeli (58), la publicidad no es esencial, pues el contrato puede, o queda normalmente desconocido por terceros.

Los terceros que tratan con el representante de la sociedad en comandita, conocen la existencia del contrato; en cambio, en la A. en P., como el asociante obra en su nombre personal, los terceros no necesitan saber ni conocer la existencia del asociado, - pues su crédito está garantizado con todo el patrimonio de dicho asociante.

En cuanto a la responsabilidad de los socios de la comandita, podría aceptarse que existe mayor analogía con la responsabilidad del asociado de la A. - en P., que con la responsabilidad de los socios de - una sociedad en nombre colectivo, en la que todos -- responden de manera subsidiaria, solidaria e ilimitada; sin embargo, en la sociedad en comandita la responsabilidad de los socios comanditarios, limitada - al pago de su aportación, opera respecto a la sociedad y a los terceros; en la A. en P., en cambio, la responsabilidad del asociado opera frente al asociante y no frente a terceros, respecto de los cuales no asume ninguna, puesto que permanece ignorado.

Respecto a la prohibición de injerencia en la - administración de la sociedad impuesta a los socios comanditarios (art. 54 L.G.S.M), no existe respecto al asociado de manera que rige para aquellos (59), en virtud de que no existe sociedad que administrar, y en todo caso, el asociado puede participar en la -

administración de la negociación de que es partícipe, como representante del asociante en su empresa. Es decir, el asociado puede ejercer actos de administración con carácter de apoderado o mandatario del asociante, sin que por ello, obviamente, se obligue directamente con los terceros por las obligaciones del asociante en que hubiera tomado parte (como sí ocurre con los socios comanditarios, según el art. 55).

La administración de la negociación mercantil que fuera el objeto de la A. en P., compete de manera exclusiva al asociante, al igual que aquella que fuera el objeto de una sociedad en comandita sólo -- correspondería a los socios comanditados, quienes -- por esta razón suelen también llamarse gerentes o -- socios gestores (60); pero mientras la responsabilidad de estos es subsidiaria, solidaria e ilimitada, la del asociante es principal en virtud de que responde directamente como único dueño de la negociación.

La comandita se distingue de la A. en P., tanto en su estructura interna como externa; por ello, tal vez, señala Mantilla Molina (61) que "la comandita tiende a ser desplazada por la asociación en participación. En efecto, mediante ese contrato se logra la misma finalidad que en la comandita; tomar

parte en una actividad mercantil, sin arriesgar la --  
totalidad del patrimonio"; lo que resultaría cierto --  
sólo para el asociado, o los socios comanditarios.  
De acuerdo con el autor, se podría decir que si por--  
ambas figuras se logra la misma finalidad, se prefie--  
re el contrato de A. en P., en virtud de la simplici--  
dad para su celebración, pues no se exige su regis--  
tro, carece de razón social y no hay necesidad de --  
que el acto jurídico sea conocido por terceros.

#### 4. La Asociación en Participación y la aparcería.

La distinción entre la A. en P. y el contrato--  
de aparcería es importante, y debe hacerse en virtud  
de que en ambos contratos existe la participación de  
utilidades.

Nuestro derecho común reconoce dos tipos de --  
aparcería rural: la agrícola y la de ganado, y aun--  
que no da una definición del contrato, determina en  
qué consiste cada uno de ellos.

La aparcería agrícola tiene lugar cuando una --  
persona da a otra un predio para que lo cultive a --  
fin de repartirse los frutos en la forma convenida --  
o conforme a las costumbres del lugar, pero al apar--  
cero no podrá corresponderle menos del 40% de la co--  
secha (art. 2741 C.Civ.). En la aparcería de ganados  
una persona da a otra cierto número de animales para



que los cuide y alimente con el objeto de repartirse los frutos en la forma convenida (art. 2752 C.Civ.)

De lo anterior se puede deducir que se trata de un contrato por virtud del cual una persona se obliga a ceder a otra el disfrute de un predio rústico o de cierto número de cabezas de ganado, a cambio de obtener una parte de los frutos o de las utilidades que se obtengan (62).

Se trata de una colaboración de personas: el propietario de la tierra o del ganado y la persona que lo cultiva o los cuida; en algunas ocasiones, o tal vez siempre, existe un fin común que consiste en la obtención de frutos y la participación de ellos; sin embargo, la aparcería presenta mayor analogía con el arrendamiento y con la relación de trabajo que con la A. en P., sobre todo cuando el propietario de los bienes se desinteresa del cultivo del fundo, obteniendo únicamente las ganancias a manera de pago del arrendamiento, y cuando se establece que al aparcerero no podrá corresponderle, sólo por su trabajo, menos del 40% de la cosecha.

Existe, en este caso una protección semejante a la del trabajador. La confusión entre la A. en P. y este contrato se ha presentado en la práctica en el Estado de Sinaloa, en donde, inclusive, se han

formado confederaciones de esas asociaciones, pero - en realidad, se trata de asociaciones agrícolas dife- rentes a la A. en P., en las que los ejidatarios --- aportan su tierra y trabajo y un capitalista aporta las semillas y los instrumentos de labor (63). Su fi- nalidad, lejos de ser lucrativa, consiste en hacer - productiva la tierra, que en principio sólo puede ha- cerse con la ayuda de otra persona que facilita los instrumentos de trabajo.

Las diferencias entre la A. en P. y el contrato de aparcería destacan, porque mientras en la primera se trata de un contrato mercantil, la aparcería es - civil, o si se quiere, un contrato agrario; la A. en P. es siempre de carácter voluntario, es decir, nace por un acto volitivo de las partes; en cambio, la -- aparcería rural puede ser voluntaria o forzosa, como se desprende del art. 2751 del C.Civ.; en la A. en - P. pueden existir aportaciones de goce, de uso, de - propiedad y de trabajo; en la aparcería se limitan - respecto al propietario a una aportación de goce de - ciertos bienes específicamente determinados, que son un predio rústico o una partida determinada de gana- do, y respecto al aparcerero o colono, su prestación - es de trabajo en la tierra o respecto al ganado.

Tanto en la A. en P. como en la aparcería ru--- ral, una de las partes realiza las actividades nece-

sarias para la obtención de frutos. En ambos negocios existe la participación en las utilidades o frutos obtenidos; pero en la distribución de las pérdidas, el asociado responde de ellas hasta el monto de su aportación; en la aparcería, en cambio, el aparcerero no responde de las pérdidas si la cosecha se pierde por completo (art. 2748 C.Civ.).

En la A. en P. quien realiza las operaciones - suele hacerlo como dueño exclusivo, mientras que en la aparcería el aparcerero nunca actúa como dueño del predio o del ganado, ya que la propiedad sigue siendo del propietario, quien las ha entregado para su explotación o cuidado, y no puede ocurrir, como en aquella figura, que el asociante se ostente frente a terceros como propietario de los bienes de su contraparte (el asociado que equivale al dueño).

No obstante la analogía que pudiera aparecer - con otros contratos, la A. en P. es una figura típica y nominada, de naturaleza mercantil, que debido a su regulación incipiente hace necesaria una mayor reglamentación, no sólo por los abusos a los cuales puede llegarse mediante ella, como la evasión fiscal, sino porque si se trata de una participación, - debe participarse en las pérdidas de la negociación, ya que precisamente se trata de hacer partícipe a otra en el alea de operaciones mercantiles realizadas por una persona.

NOTAS AL CAPITULO

- (1) El C.Co. prescribe en su art. 2o., que a falta - de disposición de éste serán aplicables - a los actos de comercio las del derecho - común.
- (2) RIPERT; "Tratado..."op.cit., p. 11.
- (3) ESCARRA, Jean; "Traité Theoriqué et Practiqué de Droit Commercial" t. I, Paris 1950/59, No. 132, p. 155.
- (4) Pero sí se asemeja a ella pues ambas son de carácter lucrativo.
- (5) Según lo prescribe el C.Civ. francés.
- (6) Cfr. MERINO MERCHAN, José F.; "Dos problemas entorno a las Cuentas en Participación", en "Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, Vol. XII, Nos. 31-32, España 1968, p. 259.
- (7) GARRIGUES; "Curso...Op.cit., p. 57; Cfr. SUPINO, David; "Derecho Mercantil", tr. Benito, - Lorenzo, Madrid, España s/a, p. 232; quien considera que la diferencia estriba en -- que el contrato de sociedad es manifiesto y da lugar a la constitución de una entidad colectiva, diferente de los socios, -- mientras que en las asociaciones el vínculo no aparece.
- (8) BARRERA GRAF, Jorge; "Las Sociedades...Op.cit., p. 284 a 296.
- (9) BARRERA GRAF, Jorge; Ibid Nota 137, p. 134.

- (10) REALMONTE, Francesco; "Associazione in Partecipazione e obbligo di collazione", en "Rivista delle Società", Anno VI, Milano, Italia 1961, p. 516.
- (11) BARRERA GRAF, Jorge; "Las Sociedades...Op.cit. P.77.
- (12) BARRERA GRAF, Jorge; Ibid.
- (13) Así, ROTONDI, Mario; "Istituzioni di Diritto Privato", Vol. I, Milano, Italia 1962, p. 425; quien clasifica a la A. en P. dentro de los contratos nominativos, bilaterales, esencialmente onerosos, consensuales y de tipo asociativo.
- (14) BARRERA GRAF, Jorge; "Las Sociedades...Op.cit., p. 80.
- (15) GARRIGUES; op.cit., p. 57.
- (16) Aunque puede darse el caso de que una sociedad carezca de patrimonio, por haberse perdido éste, pero en tal caso, de conformidad con el art. 229, fr. V de la L.G.S.M., procede la disolución y liquidación de la sociedad
- (17) Citado por GIOVANNI GRANDI; op.cit., p. 35.
- (18) Cfr. NAVARRINI, Umberto; op.cit., p. 176, que explica que si las partes dan valor externo al pacto de creación de un ente jurídico, limitando su responsabilidad al aporte y creando un patrimonio propio, han hecho simplemente una sociedad; y nosotros agregaríamos irregular por no cumplir con las formalidades requeridas para su constitución.

- (19) Así, si las partes en el contrato celebran una sociedad civil para la obtención de un fin común de carácter especulativo, la esencia de este contrato no es el de una sociedad civil, sino el de una sociedad mercantil, y aunque esas partes le otorguen el nombre de aquella sociedad, se sujetará a las disposiciones de la L.G.S.M. y no a las del C.Civ.
- (20) Cfr. BARRERA GRAF. Jorge; "Las Sociedades..op. cit.", p. 296; quien analiza lo de patrimonio con y sin personalidad jurídica y alude al patrimonio de afectación.
- (21) Así URÍA, Rodrigo; op.cit., p. 354 y Galgano, - Francesco; "Manuale Elementare di Diritto Commerciale", Bologna, Italia 1980, p.136.
- (22) RODRIGUEZ RODRIGUEZ; "La Separación de Bienes - en la Quiebra", UNAM, México 1978, p. 100 y s.
- (23) ACOSTA ROMERO, Miguel; Voz, "Credito", en el -- "Diccionario Jurídico Mexicano", T. II, -- UNAM, México 1983, p. 354.
- (24) Op. cit. p. 198.
- (25) LABARIEGA VILLANUEVA, Pedro Alfonso; voz "Capital Social", en el Diccionario Jurídico Mexicano, T. II, UNAM, México 1983, p. 47. a 49; bajo el rubro de "capital contable o patrimonio social" el autor nos indica el concepto de éste. En este sentido Cfr. GARRIGUES, "Curso...Op.cit., t. I, p. 437.
- (26) ESCARRA, Jean; op.cit., p. 550.

- (27) Así Amparo Directo 6071/57, FRANCISCO RIVERA -- AYALA, en Informe al S.F.J., Sexta Epoca, Cuarta Parte, Vol. XV, p. 92.
- (28) Op.cit., p. 499.
- (29) Cfr. los arts. 255 L.G.S.M. y 78, 79 fr. I y 81 del C.Co., en este sentido.
- (30) Op.cit., p. 278 a 284.
- (31) Así Amparo Directo 2950/55, GUSTAVO ROCHA, en Informe al S.J.F., Sexta Epoca, Cuarta Parte, Vol. III, p. 39. Nuestro Supremo Tribunal, ha considerado, que en la A. en P., el asociante es el único sujeto activo y su voluntad es individual porque no es órgano de ninguna voluntad colectiva.
- (32) Cfr. SOLA CAÑIZARES, F.; op.cit., p. 18.
- (33) Cfr. RIPERT; op.cit., p. 32.
- (34) Arts. 2o., párrafo 5o., 25, 51, 58 y 207 de la L.G.S.M. y 2704 C.Civ.
- (35) Salvo aquellos casos en que se conoce su participación, como vimos en su oportunidad al tratar la distribución de utilidades y -- pérdidas, y para aquellos países que expresamente lo indican.
- (36) Pero esta voluntad no debe interpretarse ilimitada ya que no podrían, por ejemplo, estipular que el pacto se rigiera por las disposiciones de las sociedades anónimas, -- puesto que irían contra la naturaleza del contrato de A. en P.

- (37) Cfr. SUPINO, op.cit., p. 235, quien señala que en silencio de las partes, se aplican las reglas previstas para las sociedades colectivas. También Cfr. RAMIREZ BAÑOS, F.; "La Asociación en Participación en el Derecho Positivo Mexicano", en Revista de la Universidad de San Carlos, t. LXIII, - No. 63, mayo-junio-julio-agosto, Guatemala 1964, p. 61; que considera que a la A. en P. no se le pueden aplicar las reglas establecidas para las sociedades en nombre colectivo en cuanto a su funcionamiento, disolución y liquidación, sino sólo haciendo un parangón y considerando capital social al patrimonio destinado a los fines de la A. en P.
- (38) En el derecho ítalo, el asociado tiene derecho a la rendición de cuentas hasta la terminación del negocio, o, si dura más de un año el contrato, anualmente.
- (39) RAMIREZ BAÑOS, F.; op.cit., p. 58, sostiene que aunque no se incluya en la ley como presupuesto de existencia para el contrato, -- que el asociante aporte bienes o servicios, debe entenderse que su aportación -- está representada por la organización y gestión de las operaciones relativas, pero que también puede aportar bienes o servicios.
- (40) MANTILLA MOLINA; op.cit., p. 207.
- (41) DE GREGORIO; op.cit., p. 432.
- (42) La L.G.S.M. en su art. 17, expresa que: "no -- producirá ningún efecto legal las estipulaciones que excluyan, a uno o más socios, de la participación de las ganancias". Si



bien este precepto sólo habla de las ganancias y no de las pérdidas, nosotros consideramos, con apoyo en la tesis sostenida por el Maestro BARRERA GRAF; "Las Sociedades... Op.cit., p. 101, que "no se puede admitir la validez del pacto que excluya las pérdidas".

- (43) Así nuestro C.Civ. en su art. 2996 expresamente sanciona con nulidad a las sociedades en que se estipule que los provechos pertenecan exclusivamente a alguno o algunos de los socios y todas las pérdidas a otro u otros.
- (44) En este sentido Cfr. ROTONDI, Mario; op.cit., y RODRIGUEZ VALCARSE, F.; op.cit., p. 737, para quien el art. 2454 del C.Civ. ítaloo al excluir la participación de pérdidas contradice los fundamentos de la A. en P.; y aún DE GREGORIO; op.cit., p. 421, para quien la participación en los riesgos favorables y en las pérdidas, constituye el objeto principal del contrato de A. en P.
- (45) Cfr. VIVANTE, César; op.cit., p. 580.
- (46) Así LEMEUNIER, Francis; "Principes et Pratiqés du Droit Commercial. Droit des Affaires", París, Francia 1981, p. M1. M2 y M3; expresa que a menos que una organización diferente se haya previsto, las relaciones entre los "socios" se rigen por las disposiciones de las sociedades civiles, si la A. en P. es de naturaleza civil, y por las normas de las sociedades en nombre colectivo si es de carácter mercantil. Cfr. art. 1871-1 del C.Civ. galo. En nuestro derecho, como señalamos anteriormente, no puede existir una A. en P. de naturaleza civil,

en virtud de que la A. en P. es de carácter lucrativo y su objeto es la realización de operaciones de comercio; es decir, debe ajustarse a la definición del art. 252 de la L.G.S.M.

- (47) BARRERA GRAF, Jorge; "Irregularidad de las Sociedades", en "Introducción al Derecho Mexicano", UNAM, México 1981, p. 828.
- (48) Al parecer sólo podría haber sociedades irregulares de cualquiera de los tipos previstos por la ley, según desprenderíamos del art. 2o., párrafo 4o. de la L.G.S.M.
- (49) MUGUILLO, Roberto Alfredo; op.cit., p. 74 y 75; nos expresa que los tribunales argentinos basan la existencia de la A. en P. alternativamente en la accidentalidad, en la transitoriedad, y en ambas características en forma conjunta resolviendo que la indeterminación o duración de las operaciones la transformarían en una sociedad irregular o de hecho.
- (50) MESSINEO, Francesco, op.cit., t. VI, p. 10.
- (51) MUGUILLO, Roberto Alfredo; op.cit., p. 74.
- (52) Cfr. FERRI, Giuseppe; Voz; "Associazione..op. cit., p. 1436 y s.
- (53) FERRI, Giuseppe, Ibid.
- (54) DE GREGORIO; op.cit., p. 430 y s.
- (55) Así BARRERA GRAF, Jorge; "Las Sociedades...Op. cit., p. 134 y s.
- (56) Así, para la mayoría de los tratadistas la comenda mercantil dió origen a la A. en P. GARRIGUES; "Tratado...Op.cit., p. 577 y s.; expresa

que la A. en P. conserva la esencia de la commenda, mientras que la sociedad en comandita sólo su nombre; Cfr. MANTILLA MOLINA; op. cit., p. 183 y 263. En cambio, para ARCANGELI; "L'Origine della società in accomandita", en op.cit., p. 61 y s., el origen de la sociedad en comandita es difícil de determinar; no comparte, pues, esa opinión generalizada, ya que considera que debe demostrarse de manera convincente que la commenda sea la génesis de dicha sociedad, la que para este autor -- constituye una nueva forma de empresa. Para la historia de esta figura, véase GOLDS CHMIDT, Levin; op.cit. p. 202 y s.

(57) ARCANGELI, Ageo; op.cit., p. 70.

(58) ARCANGELI, Ageo; Ibid., p. 72, en la nota 1 a su estudio, señala que "decir que la participación no está por obligación sujeta a alguna forma de publicación, no quiere decir que la misma no pueda ser, queriendo, dada a conocer a los terceros". En este orden de ideas, SOPRANO ENRICO; op. cit., p. 1084, considera que la publicidad de la A. en P. se hace necesaria cuando por la naturaleza del bien así se requiera; Cfr. también a MANTILLA MOLINA, op.cit., p. 189, y a VASQUEZ DEL MERCADO; "Contratos Mercantiles"; op. cit., p.365

(59) Cfr. RIPERT; op. cit., p. 157.

(60) Cfr. MUÑOZ, Luis; "Derecho Mercantil", t. I, Herrero, México, 1952, p. 453; también Cfr. BRANCA, Giuseppe; op.cit., p. 534 y 535, y MESSINEO, Franceso; op. cit., t. V, p. 351 y s.

- (61) MANTILLA MOLINA; op.cit., p. 266. Este argumento sólo es válido para los socios comanditarios y el asociado, pues los comanditados y el asociante, arriesgan todo su patrimonio.
- (62) Cfr. PINA VARA, Rafael de; "Derecho Mercantil - Mexicano", Porrúa, México 1978, p. 217; - en el derecho extranjero, a BRANCA, Giuseppe; op.cit., p. 424.
- (63) Cfr. HARDY, Clarisa; op.cit., p. 15 y s.; en cuyo estudio se refiere a las llamadas asociaciones en participación del Estado de Sinaloa; las que consideramos distan del concepto y funcionamiento de la A. en P. En realidad, se trata de asociaciones --- agrícolas y de contratos agrarios cuya finalidad es hacer producir la tierra; pero, no de una A. en P., pues no se trata de una actividad comercial y dichas asociaciones agrícolas carecen de propósito especulativo, que es una característica de nuestro contrato. Así lo resolvió nuestro Supremo Tribunal, en Amparo Directo - 5331/44, RAMIREZ JUSTO Y COAGS. Quinta -- Epoca, t. LXXXIII, p. 4188, en el que expreso que "... no se constituyó una negociación mercantil por los intervinientes en ese contrato, ni la realización de una o varias operaciones de comercio, ya que el objeto primordial del convenio de trabajo, es la siembra y cultivo de unas parcelas de terreno, ... la constitución de la asociación no tuvo por finalidad las operaciones de comercio; luego tal contratación no puede reputarse una asociación en participación".

- (64) Así ROTONDI, Mario; "Istituzioni... Op.cit., p. 493, quien considera a la aparcería, denominada en Italia mezzadria o colonia parziaria (art. 2141 C.Civ.); como un contrato de tipo locativo cuya estructura es asociativa; Cfr. BRANCA, Giuseppe; op.cit., p. 424; RUGGIERO; op.cit., p. 381.

## C O N C L U S I O N E S

Para finalizar este trabajo queremos manifestar, en forma breve, nuestras consideraciones sobre la A. en P.

Primera.- El estudio de la A. en P. no puede -- prescindir de la historia del Derecho Mercantil, y -- en particular de la commenda, en virtud de que ésta constituye su antecedente y origen.

Segunda.- La determinación de la naturaleza jurídica de la A. en P., constituye un problema que no ha sido resuelto de manera uniforme, ni en la doctrina, ni en la legislación, tanto mexicanas como extranjeras; pues, como hemos señalado en el texto de este ensayo, cuando se considera que la A. en P. es una sociedad se le exime de los requisitos exigidos a -- las sociedades mercantiles, y se le niegan los atributos de la persona moral; y, cuando se considera -- que es un contrato diverso al de sociedad, se prevé la aplicación de algunas disposiciones previstas para aquellas sociedades.

Tercera.- Podemos considerar que en Derecho Mexicano, la A. en P. es un contrato mercantil: por la forma, porque se encuentra regulada en la L.G.S.M.; por el objeto, que es la realización de operaciones de comercio, o la explotación de una negociación mer

cantil, y la distribución de utilidades y pérdidas; - por el sujeto, cuando el asociante (que es la situación normal) es un comerciante; y, por el fin, que es de carácter lucrativo.

Cuarta. La A. en P. es un contrato típico y no minado, porque se encuentra regulada en la L.G.S.M., en los arts. 252 a 259 bajo el nombre de "Asociación en Participación".

Quinta. El contrato de A. en P. es de naturaleza asociativa, pero diverso al de sociedad. Se trata de una asociación de personas, en la que, sin embargo, no existe (como sí en las sociedades) la combinación de recursos y esfuerzos; sí existe un fin común (obtener utilidades y participar de ellas), pero la colaboración o participación de las partes del contrato de A. en P. es diversa a la que opera en las sociedades; en éstas consiste en el poder de formación de una voluntad colectiva; en el poder de injerencia; en una posición de paridad igual entre los socios, que se manifiesta, principalmente, en la constitución de una persona moral, en la intención de las partes de constituirse como socio, y; en el voto en las asambleas. En la A. en P., en cambio, no se forma alguna persona jurídica; la participación se concreta y se agota en una mera relación contractual entre las partes, y en la participación en las utilidades y en las pérdidas de las operaciones.

Sexta.- La naturaleza contractual de la A. en P., estriba en interesarse una de las partes en las operaciones, que la otra realiza, mediante una aportación de bienes o servicios, y en la participación en los resultados prósperos o adversos de esas operaciones; sin obligación de participar (el asociado) en la gestión.

Séptima.- La A. en P. carece de personalidad, por este contrato no se crea algún ente social; por ello, también, carece de patrimonio, razón o denominación social, domicilio o nacionalidad, atributos de la personalidad. El asociante realiza las operaciones de comercio en su nombre personal; y no a nombre o representación de algún ente social; de ahí, que responda con todo su patrimonio, el que se ve acrecentado con las aportaciones del asociado.

Octava. El contrato de A. en P. es de carácter bilateral, en virtud de que sólo existen dos partes; el asociante y el asociado; lo que no es óbice para aceptar que varias personas puedan participar en las operaciones de comercio que otra realiza en su nombre personal. Pues, si el caso fuera, éstas, junto con el primer asociado, formarían una de las partes del contrato, y quien realiza las operaciones, integraría la otra parte, es decir, el asociante.



Novena.- La A. en P. es un contrato de carácter oculto, pero esta característica no le es esencial, en virtud de que puede darse a conocer sin que se transforme en sociedad. No aceptamos que el carácter oculto sea esencial a la A. en P., porque consideramos que es un contrato lícito y como tal, puede darse a conocer. En todo caso este carácter no debe interpretarse en el sentido de clandestino, sino en el supuesto de que es un contrato al que no se exige registro, pero que tampoco se prohíbe. Nos suscribimos a Vivante, quien sostiene que el contrato de A. en P. no tiene porqué mantenerse oculto, porque es perfectamente lícito, y que su publicidad no tiene porqué sancionarse; y consideramos, al igual que Arcangeli, que, si bien, no se exige el registro de la A. en P., esto no significa que no se pueda registrar.

Además, es cierto que la L.G.S.M. no exige el registro de este contrato, pero exige que la transmisión de las aportaciones del asociado al asociante cumplan con las formalidades legales. Si bien, no se registra directamente el contrato; sí se inscribe de manera indirecta, en virtud de que en la inscripción de esa transmisión se hará referencia a la A. en P.; de manera que esta inscripción, implica la publicidad del contrato.

Décima.- La A. en P. es un contrato de carácter transitorio o permanente, pues la ley de sociedades

permite se celebre para la participación en una o varias operaciones de comercio, o bien para la explotación de una negociación mercantil.

Undécima. Las aportaciones, tanto del asociante como del asociado, constituyen un elemento esencial del contrato de A. en P., en la medida en que son el objeto indirecto de ésta, y que su ausencia acarrearía la inexistencia del contrato.

Decimasegunda.- La forma escrita, que exige la L.G.S.M. para la celebración de la A. en P., no es un requisito esencial para su existencia, sino únicamente un medio de prueba. De esta manera, y apoyados en diversos criterios de la Suprema Corte de Justicia, a que aludiéramos en ocasión al tema, consideramos que es válido el pacto verbal.

Decimatercera. Para la celebración de una A. en P., no se exige la calidad de comerciante, pero se infiere para el asociante, por las operaciones reiteradas de comercio; en tanto que para el asociado, -- basta que tenga capacidad legal (mercantil), para celebrarlo.

Decimacuarta. El asociante realiza las operaciones de comercio de la A. en P. en su nombre y responsabilidad personal frente a terceros, pero por cuenta suya y del asociado; de ahí, que éste tenga dere-

chos de control y de rendición de cuentas; los cuales, aunque no están consignados expresamente en la L.G.S.M., pueden pactarse en el contrato; pues de alguna manera lo permite la propia ley al establecer que las partes pueden fijar los términos, proporciones de interés y demás condiciones en que deba realizarse la A. en P. (art. 255).

Decimaquinta.- El asociado tiene derecho a la restitución de los bienes que aportó al asociante y de los cuales no transmitió la propiedad. Se trata de un derecho personal, de carácter obligacional, en virtud de que existe un vínculo jurídico por el que el asociante está sujeto, respecto al asociado, a una prestación que consiste en el uso o goce del bien y en su restitución. Pero este derecho está limitado en cuanto los bienes no hayan sido absorbidos por las pérdidas de la negociación, y de las cuales el asociado deba responder.

Decimasexta. Por el contrato de A. en P. no se crea algún patrimonio distinto del personal del asociante, o del asociado; los bienes que se aportan para la realización del objeto de la A. en P. ingresan materialmente al patrimonio del asociante; pero, jurídicamente, consideramos que; no obstante que la L.G.S.M. expresa que prospecto a terceros los bienes aportados por el asociado, pertenecen en propiedad al asociante; es propietario de dichos bienes quien

aparece inscrito como tal en los registros públicos. La disposición citada de la Ley, si bien se considere la regla general, sólo puede operar respecto a -- aquellos bienes cuya transmisión no requieran de formalidad alguna; es decir, en aquellos bienes que no son inscribibles. En tal caso, el propietario de --- ellos, será su poseedor. Pero, tratándose de bienes registrables, y que no se registre su transmisión, - subsistirá como propietario su aportador - como reiteradamente lo ha considerado la Suprema Corte de -- Justicia-, y los terceros que contratan con el asociante, están en posibilidad y obligación de cerciorarse en los registros públicos, a quién corresponde la propiedad de esos bienes.

Décimaseptima.- La Fr. III del art. 16 de la - L.G.S.M., no puede operar en materia de A. en P. -- cuando el asociante sólo aporta sus servicios, porque este precepto no sólo pugna con el art. 258 de - la propia Ley, sino que va contra la naturaleza participativa del contrato, puesto que se celebra una A. en P. para participar tanto en las utilidades, como en las pérdidas, y, además, el asociado sólo responde hasta el monto de su aportación. El asociante, en cambio, por realizar las operaciones en su nombre, - responde frente a terceros con todo su patrimonio, y no puede exigir al asociado una asunción de pérdidas

mayor al monto de su aportación.

Decimoctava. La A. en P. se extingue por las causas por las que se extinguen los contratos bilaterales; pues, no obstante que la L.G.S.M. establece que la A. en P., salvo pacto en contrario, se disuelve por las causas previstas para las sociedades en nombre colectivo, dichas causas únicamente operan cuando no pugnan con su naturaleza.

Decimanovena. La quiebra del asociante sólo acarrea la extinción del contrato de A. en P., si el síndico declara la no continuación del mismo, o si por esta circunstancia el asociado no deseara continuar el contrato; pero, si la empresa del asociante continúa y sus operaciones se refieren a la A. en P., de conformidad con la L.G.Q.S.P., este contrato debe continuar.

Vigésima.- En la A. en P. no existe propiamente una liquidación, en la medida en que no hay un patrimonio a liquidar y a repartir, ni existe la conclusión de relaciones entre terceros y una persona moral. Se trata de una rendición de cuentas; de la conclusión de operaciones del asociante; de cubrir la totalidad del pasivo de esas operaciones; y, de una distribución de utilidades y pérdidas.

Vigésimaprimerá.- El contrato de A. en P. es diverso al de sociedad; carece de personalidad jurídica y de los atributos propios de las personas mora-

les; es un contrato bilateral; no es un contrato de organización, carece de órganos sociales; no está sujeto a publicidad; y, entre los contratantes no existe la affectio societatis, características de las sociedades.

Vigesimasegunda.- La colocación de la A. en P. en los ordenamientos jurídicos, inmediatamente después del capítulo de las sociedades mercantiles, ha sido debatido; al punto que tratadistas de Derecho Mercantil, han sugerido que la A. en P. debería ser regulada junto con los otros contratos mercantiles; otros, en cambio, han considerado que es correcta -- su colocación al lado de las sociedades, en virtud de la estrecha analogía que guarda con las sociedades.

Por nuestra parte, nos permitimos hacer las siguientes consideraciones: a) En virtud de que la L. G.S.M. regula, como su nombre indica a las sociedades mercantiles, y en vista de que la A. en P. no es una sociedad; dicha ley tendría que modificar su denominación para comprender también a las asociaciones mercantiles, y dentro de estas la A. en P. b) Si lo anterior resulta exagerado, consideramos que el contrato de A. en P. debería regularse en el capítulo correspondiente a los contratos mercantiles del C.Co. c) Que en virtud de los criterios tan importantes de la Suprema Corte de Justicia, respecto a la --

validez del pacto verbal de A. en P., estos deberían tomarse en cuenta para la modificación del precepto del art. 254 que exige que la A. en P. deba constar por escrito. d) A nuestro juicio la exigencia de la inscripción en el Registro Público de Comercio, de la cláusula del contrato que establezca que no se transmite la propiedad, debería suprimirse, en virtud de que consideramos que no tiene sentido, porque el propietario del bien, será quien aparece como tal en los registros públicos; de tal manera que no hay necesidad de reservar la propiedad a través de dicha cláusula. e). En cuanto al funcionamiento, disolución y liquidación de la A. en P., a falta de estipulaciones especiales, deberían considerarse aplicables supletoriamente las normas previstas para las sociedades en comandita simple, en virtud de su más estrecha analogía, como expusimos en el último capítulo de este ensayo.

## BIBLIOGRAFIA

- ARCANGELI, AGEO; "Scritti di Diritto Commerciale ed Agrario", CEDAM, Padova, Italia 1935.
- ASCARELLI, Tullio; "Studi in tema di Società", Milano, Italia 1952.
- \* \* \* "Studi in tema di Contratti", Milano, Italia - 1952.
- AUSTESERRE, Jean; "Associations en Participation et Société de Fait", Recueil Sirey", Octobre 1963, París, Francia.
- AZARA, Antonio; "Commenda", en "Novissimo Digesto -- Italiano", Vol. III, Torino, Italia 1957.
- BARRERA GRAF, Jorge; "Tratado de Derecho Mercantil", Vol. I, Porrúa, México 1957.
- \* \* \* "Estudios de Derecho Mercantil", Porrúa México 1958.
- \* \* \* "Derecho Mercantil", en "Introducción al Derecho Mexicano", UNAM, México 1981.
- \* \* \* "Las Sociedades en el Derecho Mexicano", UNAM México 1983.
- BAUCHE GARCIADIEGO, Mario; "La Empresa", Porrúa, - México 1977.
- BERCOVIZ RODRIGUEZ CANO, Alberto; "Origen Histórico del Derecho Mercantil", en "Estudios Jurídicos en Homenaje a Joaquín Rodríguez", t. I, - Madrid, España 1971.



- BEZARD, Pierre; "Sociétés Civiles. Contrat de Société, dispositions applicables aux Sociétés Commerciales, Sociétés en Participation, Registre du Commerce et des Sociétés", París, Francia -- 1979.
- BIALOSTOSKY, Sara; "Antecedentes de las sociedades Mercantiles en Derecho Romano", en "Revista de la Facultad de Derecho de México", No. 74, UNAM México 1979.
- BIGLIAVI, Walter; "Il Recesso del socio occulto", - en "Rivista di Diritto Civile", anno IV, 2a. parte, Padova, Italia 1958.
- BONNECARRERE, Philippe; "Droit Commercial", París, - Francia 1946.
- BORJA SORIANO; "Tratado General de las Obligaciones" t.I, Porrúa, México 1968.
- BRANCA, Giuseppe; "Instituciones de Derecho Privado", tr. Pablo Macedo, Porrúa, México 1978.
- BROSETA PONT, Manuel; "Manual de Derecho Mercantil", Madrid, España 1974.
- CAADES; "Análisis de la Agricultura Sinaloense", en "Informe de Labores", de la Confederación de -- Asociaciones Agrícolas del Estado de Sinaloa, No. 112, enero - marzo, Sinaloa 1975.
- CALAMANDREI, Rodolfo; "Delle Società e delle Associazioni Commerciali", Vol. I, Torino, Italia 1884.

- CAPMANY, Antonio, tr.; "Libro del Consulado del Mar", Camara Oficial de Comercio y Navegación, Barcelona, España 1965.
- CARRILLO ZALCE, Ignacio; "Apuntes para el estudio del Primer Curso de Derecho Mercantil", Editorial Banca y Comercio, México 1977.
- CESPEDES DEL CASTILLO, Guillermo; "Seguros Marítimos en la Carrera de Indias", en "Anuario de Historia del Derecho Español", Serie la., Vol. XIX, No. 1, Madrid, España 1948 - 1949.
- COLOMBO GIOVANNI, E.; "Associazione in Partecipazione, Cointeressenza, Contratto di Lavoro Subordinato", en "Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni", anno LX, Nos. 9 - 10, settembre - ottobre 1962, Milano, Italia.
- CORNEJO CERTUCHA, Francisco M.; "Acto Jurídico", en "Diccionario Jurídico Mexicano", t, I, UNAM, México 1982.
- DELANGLE, M.; "Delle Società di Commercio, del Titolo III, Libro I, del Libro I del Codice di Commercio", tr. D'Angelo Giuseppe, Venezia, Italia 1847.
- DIAZ BRAVO, Arturo; "Contratos Mercantiles", Editorial Harla, México 1983.

- DIAZ CASTRO, Lauro; "El Problema Agrario. Reto Nacional", en "Análisis de la Situación Agrícola de Sinaloa", CAADES, No. 103, septiembre - octubre, Sinaloa 1976.
- DIAZ ECHEGARAY, José; "Una Nueva Forma de Financiación de Sociedades por medio del Contrato de Cuentas en Participación", en "Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid", vol. XII, Nos. 31 - 32, España 1958.
- DIVAR, Javier; "Lecciones de Derecho Mercantil. La Empresa, el Empresario Individual. El Empresario Social", España 1980.
- DUBLAN, Manuel y José María LOZANO; "Legislación Mexicana o Colección Completa de las Disposiciones Legislativas", Edición Oficial, México 1877.
- ESCARRA, Jean; "Cours de Droit Commercial", París, Francia 1957.
- \* \* \* "Traité Theoriqué et Practiqué de Droit Commercial", t. I, Paris, Francia 1950/59.
- FERRI, Giuseppe; "Associazione in Partecipazione", en el "Novissimo Digesto Italiano", Vol. II, Torino, Italia 1957.
- GALGANO, Francesco; "Manuale Elementare di Diritto Commerciale", Zanichelli Editora, Bologna, Italia 1980.

- GALINDO GARFIAS, Ignacio; "Asociaciones y Sociedades" en "Revista de la Facultad de Derecho de México", t. IX, Nos. 35 - 36, UNAM, México 1959.
- GARRIGUES Joaquín; "Curso de Derecho Mercantil", Vol. 2, Madrid, España 1960. / Porrúa, México 1981.
- \* \* \* "Instituciones de Derecho Mercantil", Madrid, España 1943.
- GAY DE MONTELLA; "Tratado Práctico de Sociedades Mercantiles", t. I, Barcelona, España 1948.
- GIERKE, Juluis Von; "Derecho Comercial y de la Navegación", tr. Juan M. Semón, Vol. I, Buenos Aires, Argentina 1957.
- GIOVANNIGRANDI, SALVATORE; "L'Associazione in Partecipazione", Milano, Italia 1939.
- GOLDSCHMIDT, Levin; "Storia Universale del Diritto Commerciale", traducción primera por Vittorio Pouchain y Antonio Scialoja, Torino, Italia -- 1933.
- GOLDSCHMIDT, Roberto; "Las Compañías de Comercio y las Asociaciones en Participación", Anteproyecto de Ley de Reforma Parcial del Código de Comercio. Venezuela 1955.
- GUYENOT, Jean, "Cours de Droit Commercial", vol. I, París, Francia 1977.
- HAMEL, Joseph; "Traité de Droit Commercial", París, Francia 1954.

- HAMIAUT; "LA Reforme des Sociétés Commerciales", Paris, Francia 1966.
- HARDY, Clarisa; "Conflicto Social en el Campo, Sinaloa 1970 - 1980. Campesinos y Agricultores: una Alianza Desigual, Antecedentes para un Debate Necesario", mimeografiado en "Versión para la Discusión", Sinaloa, México 1980.
- KONRAD, Cosack; "Tratado de Derecho Mercantil", tr. Polo Antonio, Madrid, España 1935.
- LABARIEGA VILLANUEVA, Pedro Alfonso; "Capital Social voz en Diccionario Jurídico Mexicano", t. II, UNAM, México 1983.
- LEMEUNIER, Francis; "Principes et Pratiques du Droit Commercial. Droit des Affaires", París, Francia, 1980.
- LEVU-BRUHL, Henri; "Histoire Juridique des Sociétés de Commerce en France aux XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> Siècles", París Francia 1938.
- MANTILLA MOLINA, Roberto L.; "Derecho Mercantil", Porrúa, México 1981.
- MARCO, Filippo de; "Associazione in Partecipazione e Contratti di Cointeressenza", en "Il Diritto Fallimentare e delle Società Commerciali", Anna ta XXVIII, No. 1, gennaio - febbraio 1953, Milano, Italia.

- MARTINE, Edmond-Noël; "Les problèmes de Qualifica---  
tions a Propos des Sociétés en Participation",  
en "Revue Trimestrielle de Droit Commercial",  
12<sup>m2</sup> annés, No. 1, Janvier - mars, París, Fran-  
cia 1959.
- MERINO MERCHAN, José F.; "Dos Problemas en torno a -  
las Cuentas en Participación", en "JUS, Revista  
de Derecho y Ciencias Sociales", t. XXXVII, No.  
153, julio - septiembre, México 1957.
- MERLE, Philippe y Edith CHAVALLIER-MERLE; "L'Applica  
tion Jurisprudentielle de la Loi du 24 Juillet  
1966 sur les Sociétés Commerciales", Francia,  
1976.
- MESSINEO, Francesco; "Manual de Derecho Civil y Co-  
mercial", t. V y VI, Buenos Aires, Argentina -  
1954/1956.
- MEZZERA ALVAREZ, Rodolfo; "Curso de Derecho Comer--  
cial", t. II, Montevideo, Uruguay 1957.
- MOSSA, Lorenzo; "Derecho Mercantil", Buenos Aires,  
Argentina 1940.
- MUGUILLO, Roberto Alfredo; "Cuestiones de Derecho -  
Societario", Tucumán, Argentina 1980.
- MUÑOZ, Luis; "Derecho Mercantil, t. 1 y 2, Herrero  
México 1952.
- NAVARRINI, Umberto; "Tratatto Elementare di Diritto  
Comerciale", vol. 2. Torino, Italia 1935.

- NISIO Saverio; "In tema di Società ed Associazione - in Partecipazione", en "Il Diritto Fallimentare e delle Società Commerciali", Annata XVI, - No. 5, settembre ottobre 1951, Milano, Italia.
- ORTIZ URQUIDI; "Hechos, Actos y Negocios Jurídicos. Ensayo en Revisión a las Bases Fundamentales de su Teoría General", en "Revista de la Facultad de Derecho", UNAM, t. IX, nos. 35 - 36, julio-diciembre, México 1959.
- OSMIDA, Innocenti; "Questioni in tema di Associazione in Partecipazione e di Società", en "Il Diritto Fallimentare e delle Società Commerciali", Vol. XXXII, parte 2a., Italia 1957.
- PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, Bernardo; "Derecho Notarial", Porrúa, México 1981.
- PEREZ HERRERO, Pedro; "El Consulado de Comerciantes en la Ciudad de México y las Reformas Borbónicas. El Control de los Medios de Pago Durante la Segunda Mitad del Siglo XVIII", Tesis Profesional para obtener el grado de Doctor en Historia, Vols. I y II, México 1981.
- PINA VARA, Rafael de; "Derecho Civil Mexicano", Porrúa, México 1978.
- PRUNEDA G. Armandino; "Notas sobre el Contrato de -- Asociación en Participación", en "Lecturas Jurídicas", No. 58, agosto - octubre 1975, Universidad Autónoma de Chihuahua, México.

- PUENTE Y F., Arturo y CALVO MARROQUIN; "Derecho Mercantil", Banca y Comercio, México 1968.
- RAMIREZ BAÑOS, F.; "La Asociación en Participación - en el Derecho Positivo Mexicano", en "Revista de la Universidad de San Carlos", No. 63, mayo junio-julio-agosto, Guatemala 1964.
- REALMONTE, Franceso; "Associazione in Partecipazione e Obbligo di Collazione", en "Rivista delle Società", Anno VI, Milano, Italia 1961.
- REHME, Paul; "Historia Universal del Derecho Mercantil",
- RIPERT, GEORGES; "Tratado Elemental de Derecho Comercial", tr. Solá Cañizares, Felipe, Francia -- 1954.
- RIVAROLA, Mario A.: "Derecho Comercial Argentino", t. 2, Argentina 1938.
- RODIERE, René; "Droit Commercial, Groupements Commerciaux", París, Francia 1980.
- RODRIGUEZ NAVARRO, Manuel; "Doctrina Mercantil del Tribunal Supremo", Madrid, España 1948.
- RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín; "Curso de Derecho Mercantil", t. I, Porrúa, México 1982.
- RODRIGUEZ DE SAN MIGUEL; "Curia Filípica Mexicana", Edición fascimular, UNAM, México 1978.
- RODRIGUEZ VALCARSE, Franceso; "Cuentas en Participación, su prueba", en "Revista de Derecho Procesal", publicación iberoamericana y filipina, -



No. 3, Madrid, España 1958.

ROJINA VILLEGAS; "Derecho Civil Mexicano", t. VI, --

"Contratos", Vol. II, Porrúa, México 1981.

\* \* \* "Derecho Civil", t. I, Jus, México s/a.

ROTONDI, Mario; "Istituzioni di Diritto Privato", Mi-  
lano, Italia 1962.

ROUSSEAU, Rodolphe; "Sociétés Commerciales", t. II,  
Paris, Francia 1878.

RUGGIERO, Roberto de; "Instituciones de Derecho Pri-  
vado", t. I y II, Madrid, España 1944.

RYN, Jean Van y Emile BRUYLANT; "Principes de Droit  
Comercial", Bruxelles, Belgica 1965.

SANCHEZ CORDERO Y DAVILA; Jorge; "Teoría General del  
Contrato", en "Introducción al Derecho Mexicano  
t. I, UNAM, México 1981.

SANCHEZ MEDAL, Ramón; "Contratos Civiles", Porrúa, -  
México 1980.

SANTOS BRIZ, Jaime; "La Relación de Liquidación o Ex-  
tinción de Algunos Contratos", en "Revista de -  
Derecho Privado", octubre, Madrid, España 1960.

SATANOWSKY, Marcos; "Tratado de Derecho Comercial",  
Buenos Aires, Argentina 1957.

SAVATIER, René; "Droit des Affaires", Vol. 3, París,  
Francia 1962.

SOLA CAÑIZARES, Felipe; "Tratado Comercial Compara--  
do", t. III, Barcelona, España 1963.

- \* \* \* "El Contrato de Participación en el Derecho Español y en el Comparado", Madrid, España 1954.
- SOPRANO, Enrico; "Tratado Teórico Prattico delle Società Commerciali", Torino, Italia 1934.
- SUPINO, David: "Derecho Mercantil", tr. Lorenzo Benito, Madrid, España s/a.
- TELLADO H., Antonio; "Las Sociedades Comerciales en la República Dominicana" Santo Domingo 1939.
- THALLER, E.; "Traité Elementaire de Droit Commercial", París, Francia 1931.
- TROUILLAT, Robert; "Le Droit Nouveau des Sociétés Commerciales. La Loi du 24 Juillet 1966 et les Textes d'Application Commentés", París, Francia 1967.
- TYAN, Emile; "Etudes de Droit Commercial", Beirut 1975.
- URIA, Rodrigo; "Derecho Mercantil", Madrid, España 1958.
- VALERI, Giuseppe; "Manuale di Diritto Commerciale", t. 2, Firenze, Italia 1946.
- VASQUEZ DEL MERCADO; Oscar; "Venta de Inmuebles -- aportados a una Asociación en Participación, en "Jus, Revista de Derecho y Ciencias Sociales", T. XXXVII, No. 153, julio - septiembre - 1957, México.
- \* \* \* "Contratos Mercantiles", Porrúa, México 1982.

- VAZQUEZ ARMINIO, Fernando; "Derecho Mercantil. Fundamentos e Historia", Porrúa, México 1977.
- VAZQUEZ MARTINEZ, Edmundo; "Derecho Mercantil", t. I, Guatemala 1966.
- VICENTE Y GELLA, Agustín; "Curso de Derecho Mercantil Comparado", t. 2, España 1945.
- VIDELA ESCALADA; "El Contrato de Sociedad en el Derecho Civil", en Lecciones y Ensayos", No. 8, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, Argentina 1958.
- VITERI CIFUENTES, Kleber; "Curso de Derecho Mercantil Ecuatoriano", Guayaquil, Ecuador 1943.
- VIVANTE, Cesar; "Derecho Mercantil", Madrid, España 1932.
- ZAMORA Y VALENCIA; "Contratos Civiles", Porrúa, México 1981.
- ZANELLI, Enrico; "Oggetto Sociale ed Attivita Económi-  
ca nella Societá e nell'Associazione in Parte-  
cipazione", en "Rivista di Diritto Civile",  
Anno VI, Milano. Italia 1961.