



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

ASOCIACION EN PARTICIPACION

T E S I S

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

EDUARDO LUNA ESPINOSA

MEXICO, D.F.

1974



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

IN MEMORIAM
de mis padres

Que supieron señalarme con sus ejemplos el camino del honor, la honradez y la dignidad, inculcando mis pensamientos con inteligencia y energía hacia resultados provechosos y que quedan consagrados en lo más profundo de mi ser, que por sí solo basta para inmortalizar sus nombres.

Y a mi hermana.

A mis hermanos y demás
miembros de mi familia.

IN MEMORIAN

del Sr. Luis Díaz Castillo.

Al Sr. Lic. Enrique Díaz Ballesteros.

Con especial estimación y respeto como ejemplo del profesionalista digno, en quien el constante pensar con rectitud es maestría y su madura experiencia es resultado del largo y patente esfuerzo por el saber y pureza de pensamiento debidamente encauzado.

A Elisa, mi esposa.

Por su actitud humana, por su apoyo moral inquebrantable por que con el cariño y amor que me profesa, nació lo que parecía imposible, renovando ideales adormecidos con fulgores destellantes, a través de la flama de su oración.

A tí bien mío.

Con estimación y respeto
a mis amigos.

A mis Maestros.

*La gratitud perenne, por conducirme
con pie firme a cruzar sin falancia
los umbrales consagrados a la inves-
tigación y al saber.*

Al Lic. Pedro Rosas Meza.

*Quien con paciencia e inestimable
sapiencia dirigió este trabajo, -
le expreso mi más sincero agrade-
cimiento y hago patente mi recono-
cimiento y admiración.*

ASOCIACION EN PARTICIPACION

PROLOGO

CAPITULO I.- ANTECEDENTES JURIDICOS

- a) *Su naturaleza jurldica.*
- b) *El objeto.*
- c) *Sus antecedentes.*

CAPITULO II.- EL ASPECTO JURIDICO.

- a) *Su campo de aplicaci3n*
- b) *La asociaci3n vista como un contrato.*
- c) *La Ley General de Sociedades Mercantiles y la Asociaci3n en Participaci3n.*

CAPITULO III.- DERECHO COMPARADO EN ITALIA Y ARGENTINA

- a) *Antecedente del C3digo de Comercio Argentino.*
- b) *La Legislaci3n Argentina.*
- c) *El Derecho Italiano.*
- d) *Sus antecedentes en el campo jurldico en M3xico.*

CONCLUSIONES:

P R O L O G O :

*Creemos con fiadamente que la Asociación en Participación con el transcurso del tiempo podrá lograr un mejoramiento en las condiciones dentro de las -
cuales se desenvuelve.*

CAPITULO PRIMERO

NATURALEZA JURIDICA DE LA ASOCIACION EN PARTICIPACION.

- a).- *Concepto de Asociación.*
- b).- *Concepto de Sociedad.*
- c).- *Las Asociaciones Civiles.*
- d).- *Las Sociedades Civiles.*
- e).- *Sociedad Mercantil.*
- f).- *La Asociación en Participación como Sociedad Mercantil.*
- g).- *La Asociación en Participación como Contrato Mercantil.*

a).- CONCEPTO DE ASOCIACION.

Este concepto es susceptible de usarse en dos sentidos: uno como sinónimo de sociedad y otro como el derecho de asociarse, derecho de asociación, que viene a ser el fundamento de aquella. (1)

El derecho de asociación, es la facultad que tiene toda persona de aunar sus fuerzas con las de sus semejantes para la consecución de un fin común, lícito y honesto. Este derecho está aplicado a cuanto fin de la vida exista, cuanta sociedad o asociación haya, desde la sociedad en general a la última de las asociaciones en particular, son aplicaciones o productos de aquel. Así tenemos asociaciones de tipo civil, comercial, cultural, de beneficencia, etc.

LANGLE Y RUBIO (2), considera que en el lenguaje usual, tanto sociedad como asociación se aplican a las reuniones de individuos con un fin común. "Toda sociedad se considera, como una asociación en virtud de que nace del espíritu asociativo de los hombres, merced al cual realizan lo que por sí solos les sería difícil de efectuar". Se le da así al término de asociación un sentido general, amplio.

Finalmente, diremos que la palabra asociación, en el sentido más amplio, se aplica a toda reunión de personas que se proponen conseguir un fin común. Se asocian unas veces con un interés pecuniario, en otras religioso y cultural, o ya sea para procurarse recursos que el individuo aislado es incapaz de hacerlo, y dejaremos su sentido restringido para denominar a la sociedad, distinguiéndola de aquella en que ésta tiene por causa el interés personal de los asociados.

(1) Enciclopedia Universal Ilustrada, Tom. VI, Edit. Hijos de Espasa, Barcelona Págs. 539 a sigs.

(2) Manual de Derecho Mercantil Español, Edit BOSCH, t.I. Barcelona, 1950, pág. 349.

b).- CONCEPTO DE SOCIEDAD.

Sociedad, palabra derivada del latín "societas-societatis" que significa agrupación natural o pactada de personas que constituyen un ente distinto de cada uno de sus asociados, con el fin de cumplir mediante la mutua cooperación, todos o algunos de los fines de la vida.

La sociedad puede ser considerada, ya en abstracto, como hecho fenómeno constante y universal, emanado de la naturaleza del hombre (concepto asimilable al de asociación). De este primer concepto se llega a que la sociedad es: pluralidad de seres racionales unidos moralmente por la coincidencia en la persecución de un fin común y por medios comunes.

En concreto, la sociedad puede ser considerada como hecho particular, derivado de los actos del hombre.

El vivir humano es necesario como un convivir, hace que el hombre se vincule con otros de modo más estrecho del que resulta de su mera convivencia. Y para realizar todos sus fines y satisfacer un sinnúmero de necesidades, se ve obligado a establecer lazos particulares con otros individuos. Estos lazos que el hombre establece con sus semejantes están reconocidos y regulados por el derecho, son propiamente relaciones jurídicas que se traducen en negocios jurídicos, en contratos, en los cuales unas veces los fines de las partes que celebran dichos contratos, son radicalmente opuestos, v. gr. el contrato de trabajo, el de mandato, etc.; pero también existen otros negocios en los cuales los fines de quienes en ellos intervienen, no sólo son paralelos, coordinados, sino que coinciden totalmente; estos negocios jurídicos en los cuales, para la realización del fin común, las partes prestan su propia actividad, son los negocios sociales, que según sea su finalidad, pueden dar nacimiento ya sea a sociedades de tipo civil o mercantil. (3)

(3) En los párrafos anteriores, hemos seguido el pensamiento de MANTILLA MOLINA, op. cit., págs. 165 y sigs.

El primer fenómeno que socialmente se produce, es la -- unión de esfuerzos para la consecución de los fines, que por sí solos los individuos aislados no pueden llevar a cabo. Debido a esta incapacidad se establecen lazos diversos y se forman los grupos políticos, religiosos y económicos que se conocen -- bajo la denominación general de sociedades, connotación que in dica claramente, atendiendo a su origen etimológico, la natura leza vinculativa; y considerando el concepto de sociedad en su aspecto jurídico, tenemos que es la unión de varias personas -- [sujetos de derecho], para la consecución de un fin común.

c).- ASOCIACION CIVIL.

Podemos definir a la asociación civil, como la reunión de varios individuos con un fin que no sea preponderantemente económico. [4]

El artículo 2670 C. Civ. no da propiamente una definición de la Asociación Civil, pero de su análisis podemos afirmar que es el contrato en virtud del cual varios individuos -- convienen en reunirse de manera que no sea enteramente transi toria, para realizar un fin común que no esté prohibido por -- la ley y que no tenga un carácter preponderantemente económico.

La existencia de una finalidad común a todos los que en ellos intervienen, es característica de los negocios sociales. Cuando la finalidad no sea preponderantemente económica, sino artística, cultural, deportiva, religiosa, etc., estaremos ante una asociación civil, a condición de que no -- sea meramente transitoria dicha finalidad. [5]

Respecto de la transitoriedad de la finalidad de la asociación, el Código no resuelve aquellos casos en que dicha finalidad no sea "meramente transitoria". Nosotros pen-

[4] RAFAEL ROJINA VILLEGAS.-Derecho Civil Mexicano. Edit. Robredo. T. VI.

[5] ROJINA VILLEGAS. op. cit., págs. 307 y sigs.

samos que en dichas hipótesis se estará ante cualquier tipo de negocio jurídico, pero nunca ante una asociación civil.

De acuerdo con MANTILLA MOLINA [6] podemos afirmar que la asociación para que sea civil, además de la finalidad común a todos los que intervienen en ella, y de que no sea preponderantemente económica, es necesario que dicha finalidad no sea de carácter transitorio.

El carácter de persona moral de las asociaciones es reconocida por nuestro Código Civil en su art. 25 que a la letra dispone "son personas morales ... VI.- Las asociaciones distintas de las enumeradas que se propongan fines políticos, científicos, artísticos, de recreo o cualquiera otro fin lícito, siempre que no fueren desconocidas por la Ley".

Los elementos de la asociación, nos lo proporciona el artículo 2670 del Código Civil al precisar que existe la Asociación cuando varios individuos convienen en reunirse en una forma permanente, que no sea accidental, para realizar un fin común, lícito, que no tenga un carácter preponderantemente económico. Esto según --ROJINA VILLEGAS-- es en esencia lo que distingue a la asociación civil, de la sociedad civil.

Según la doctrina francesa [7] la asociación se propone fines ajenos a la idea de lucro, contraponiendo este concepto a la sociedad civil, en la cual los fines son preponderantemente de carácter lucrativo.

El derecho español, está adherido a esta corriente. Así vemos que en este derecho, existe una ley de asociaciones para los fines religiosos, políticos, científicos, ar--

[6] Ibidem. Op. cit.

[7] PLANIOL y RIPERT, Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, Edit. Cultural trad. esp., t. XI, Habana, 1946, Págs. 340 y sigs. V también, LEPARGNEUR cit., por ASCARELLI, Sociedades y Asociaciones, Comerciales, Edit. EDIAR, trad. esp. Buenos Aires, 1947, págs. 28 y sigs. LANGLE y RUBIO, Op. cit., págs. 350.

lísticos, benéficos, de recreo o cualquiera otros lícitos que no tengan por único y exclusivo objeto de lucro o ganancia. [8]

La doctrina italiana, suele oponerse a las anteriores - concepciones. FERRARA estima que la cualidad del fin no influye sobre la esencia de la relación y propone otro criterio distinto: la asociación es una colectividad cuyos miembros varían, se renuevan, a contrario sensu de la sociedad que es una agrupación con un número cerrado de personas. [9]

En nuestra legislación positiva, las asociaciones deben constar por escrito y se regirán por sus estatutos, los que - deberán ser inscritos en el Registro Público, para que produzcan efectos contra terceros. El poder supremo de las asociaciones reside en la asamblea general (arts. 2671 a 2674 C. Civ).

Su disolución está reglamentada en el art. 2685 que establece: "Las asociaciones además de las causas previstas en los Estatutos se extinguen: por el consentimiento de la asamblea general; por haber conseguido totalmente el objeto de su fundación; por haberse vuelto incapaces para realizar el fin para el que fueron fundadas y por resolución dictada por autoridad competente".

En caso de disolución de la asociación se aplicarán conforme a lo que determinen los Estatutos, y a falta de disposición de éstos, según lo que determine la asamblea general. (Art. 2686).

d).- SOCIEDAD CIVIL.

La delimitación entre sociedades civiles y mercantiles constituye un problema muy debatido entre los juristas contemporáneos. Así tenemos que algunos toman en cuenta el obje

[8] LANGLE y RUBIO, op. cit. Pág. 351

[9] Ibidem, pág. 350.

to de la sociedad (10) y otros prescindiendo de él, consideran la forma bajo la cual aquellas se constituyen (11). Para los primeros es indiferente el que la forma esté regida por le yes civiles o mercantiles; para los segundos, lo que imprime carácter diferencial es el objeto que cada una en particular persiga.

Para MANTILLA MOLINA (12), existe sociedad civil cuando el aspecto preponderante en la finalidad perseguida en común, es el económico, pero dicho aspecto no debe constituir una especulación mercantil.

Considerando las afirmaciones de RODRIGUEZ y RODRIGUEZ, (13), podemos decir que para este autor, que prescinde la finalidad, la sociedad civil es aquella que se constituye de acuerdo con los preceptos civiles de nuestra legislación.

Siguiendo a ROJINA VILLEGAS, la sociedad civil se puede definir como una corporación privada, dotada de personalidad jurídica, que se constituye por contrato celebrado entre dos o más personas, para la realización de un fin común, lícito, posible y preponderantemente económico, mediante la aportación de bienes o industria o de ambos, siempre y cuando no lleve al cabo una especulación comercial, ni adopte forma mercantil. (14)

Así tenemos que las sociedades civiles, se caracterizan por ser corporaciones de derecho privado que persiguen un fin preponderantemente económico, con aportaciones de bienes o industriales, pero sin que esa finalidad implique una actividad comercial.

(10) *Ibidem* V. *infra* notas 87 y 89.

(11) *Ibidem* V. *infra* notas 86 y 88.

(12) *Op. cit.* pág. 169.

(13) *Curso de Derecho Mercantil*, Edit. Porrúa, t. I. México. 1957. Pág. 44.

(14) *Ibidem* *Op. cit.* Pág. 323.

De acuerdo con el art. 2688 Código Civil. "Por el contrato de sociedad los socios se obligan mutuamente a cambiar sus recursos o sus esfuerzos para la realización de un fin común, preponderantemente económico, pero que no constituya una especulación comercial".

El contrato deberá constar por escrito, sólo será objeto de escritura pública, en los casos en que algún socio transfiera a la sociedad bienes cuya enajenación deba constar en escritura pública (art. 2690).

PLANTOL [15], define a la sociedad como un contrato por medio del cual dos o más personas convienen en formar un fondo común, mediante aportaciones que cada una de ellas proporcione, con el objeto de dividirse los beneficios que de ello pueda resultar.

El contrato de sociedad debe llenar los requisitos fijados en el art. 2693 Código Civil que previene: "El contrato de sociedad debe contener: I.- Los nombres y apellidos de los otorgantes que son capaces de obligarse; II.- La razón social; III.- El objeto de la sociedad; IV.- El importe del capital social y la aportación con que cada socio debe contribuir".

La sociedad civil debe tener un nombre o razón social, que deberá ir seguido de las palabras "sociedad civil", no permitiendo abreviatura alguna al respecto del Código. [16]

El contrato de sociedad, para que produzca efectos contra terceros deberá inscribirse en el Registro de Sociedades Civiles.

La administración puede conferirse a uno o más socios (socio o socios administradores). Si la administración no se hubiere limitado a alguno de los socios, todos tendrán derecho a concurrir a la dirección y manejo de los negocios comunes.

[15] *Traité élémentaire de Droit Civil*, Edit. R. Pichón et. R. Durant. 2a. ed. t. II, Paris, 1947, Págs. 922 y sigs.

[16] ROJINA VILLEGAS, op. cit. pág. 323.

La disolución de las sociedades está prevista en el art. 2720 Código Civil, que señala las causas de disolución, ellas son: por consentimiento unánime de los socios; por haberse -- cumplido el término prefijado en el contrato de sociedad; por la realización completa del fin social, o por haberse vuelto imposible la consecución del objeto de la sociedad; por la -- muerte de uno de los socios responsables ilimitadamente, salvo que en la escritura constitutiva se haya pactado que la sociedad continde; por la muerte del socio industrial. si su industria fué la que dió nacimiento a la sociedad, por renuncia de uno de los socios, que no sea maliciosa, ni extemporánea, cuando la sociedad es de duración indeterminada y los otros - socios no desean continuar asociados, por resolución judicial.

Para que la disolución de la sociedad surta efectos, es necesario al igual que su constitución, que se inscriba en el Registro de Sociedades Civiles.

6).- SOCIEDAD MERCANTIL.

Este tipo de sociedad, fundamentalmente no difiere de - la sociedad civil, toda vez que. tanto en una como en la otra, concurren las siguientes circunstancias: a) el hecho de poner en común los contratantes sus aportaciones, susceptibles de valorarse económicamente; B) la formación de un capital y la participación de todos sus miembros en los beneficios o en las pérdidas; c) la llamada "affectio societatis", o sea la colaboración voluntaria de todos los socios en vista de un - fin común, consistente en la obtención de un resultado a repartirse. La diferencia estriba. para algunos autores, como ya quedó establecido, en el objeto de cada una de estas sociedades, y de acuerdo con otros. en la forma que adopten dichas sociedades.

Nuestra legislación adopta una tendencia completamente formalista al advertir en el art. 2695 Código Civil que aquellas sociedades que se constituyan en alguno de los tipos mercantiles, quedarán sujetas al C. Co.; entendiéndose, como dice MANTILLA MOLINA (17) las palabras "Codigo de Comercio" como expresión equivalente a la de Leyes Mercantiles se llega a -- que ésta (LGSM) en su art. 4o. previene: "Se reputarán mercantiles todas las sociedades que se constituyan en alguna de las formas reconocidas en el artículo 1o. de esta Ley". (18) De donde se deriva que toda sociedad civil que se constituya en alguna de las formas mercantiles se considerará por este hecho como sociedad mercantil.

RODRIGUEZ y RODRIGUEZ (19), afirma que para constituirse en forma mercantil, no es necesario dedicarse a una actividad comercial. Las sociedades mercantiles lo son por razón de su forma, esto es, por fundarse en uno de los tipos mencionados de los que habla el art. 1o. LGSM, de aquí que sea posible el que sociedades civiles por su finalidad, adopten forma mercantil.

BARRERA GRAF (20), considera que la idea diferenciante entre una sociedad mercantil y una civil, no está constituida por la forma sino por el "tipo". De acuerdo con lo anterior - para este profesor mexicano "Las sociedades mercantiles son cualesquiera de las que se organicen dentro de uno de los tipos enumerados en la legislación comercial".

(17) Op. cit. pág. 171.

(18) Art. 1o. que a la letra dice: "Esta Ley reconoce las siguientes especies de sociedades mercantiles: I.- Sociedad en nombre colectivo; II.- Sociedad en comandita simple; III.- Sociedad de responsabilidad limitada; IV.- Sociedad anónima; V.- Sociedad en comandita por acciones; y VI.- Sociedad Cooperativa. Cualquiera de las sociedades a que se refieren las fracciones I a V de este artículo podrán constituirse como sociedades de capital variable observándose entonces las disposiciones del capítulo VIII de esta ley.

(19) Op. cit. pág. 44.

(20) Op. cit. pág. 101 (Ibídem).

Para BENITO [21], las sociedades mercantiles son aquellas cuyo fin sea practicar actos de comercio, poco importa el que los socios sean o no comerciantes. Desde un punto de vista racional, dice, es indiferente el que la forma esté regulada por leyes civiles o mercantiles, lo que imprime carácter es el objeto que se propone conseguir, en nuestro caso, el realizar actos comerciales.

La legislación mexicana, según MANTILLA MOLINA [22] hace caso omiso de los fines perseguidos, para atender tan sólo a la estructura de la sociedad considerándola mercantil si adopta un tipo social regulado por las leyes mercantiles (caso del art. 4o.), cualesquiera que sean sus finalidades. Esto último de acuerdo con dicho autor, contraría abiertamente la definición contenida en el art. 2688 del Código Civil, y debido a ello afirma que no sería válida como sociedad civil la que persiguiera un fin mercantil, considerándose, en consecuencia, como una sociedad mercantil irregular.

RIPERT [23], considera por su parte, que las sociedades son civiles o comerciales según su objeto. Se estima a la persona moral, por asimilación a la física, como ejerciendo una profesión. Si ésta entra en la categoría de las comerciales, si efectúa actos de comercio, la sociedad entonces es comercial. Considerando la forma, este autor dice que ella no es un elemento de valor absoluto aunque sí puede constituir una prueba de la voluntad de los socios.

El contrato de una sociedad mercantil en general debe contener ciertos requisitos. El art. 6o. LGSM nos dice que son: los nombres, nacionalidad y domicilio de las personas físicas o morales que constituyen la sociedad; su objeto;

[21] Op. cit. págs. 230 y sig.

[22] Op. cit. pág. 170

[23] Op. cit. pág. 36

su razón o denominación social; su duración, el importe del capital social; la expresión de lo que cada socio aporte en dinero o en otros bienes, el valor atribuido a éstos y el criterio seguido para su valoración; el domicilio de la sociedad; la manera de administrarla, y facultades a los administradores, su nombramiento y la designación de los que han de llevar la firma social; la manera de hacer la distribución de ganancias y pérdidas entre los miembros de la sociedad; el importe del fondo de reserva; los casos en que la sociedad haya de disolverse anticipadamente; y las bases para practicar la liquidación de la sociedad y el modo de proceder a la elección de liquidadores cuando no hayan sido designados con anterioridad.

Las sociedades en general se disuelven por la expiración del término fijado en el contrato social: por imposibilidad de seguir realizando el objeto principal o por quedar éste consumado, por acuerdo de los socios tomado de conformidad con el contrato social y con la ley; porque el número de socios sea inferior al que la ley establece o porque las partes de interés se reúnan en una sola persona y, por último, por la pérdida de las dos terceras partes del capital social.

g).- LA ASOCIACION EN PARTICIPACION COMO SOCIEDAD MERCANTIL.

De gran complejidad es el problema que ha suscitado el dilucidar la naturaleza jurídica de la asociación en participación, ya que tanto la doctrina como la legislación, en los diferentes países ha estado dividida, en cuanto que unos la consideran como un verdadero contrato y otros como una especie del negocio social.

Nosotros, en este apartado, trataremos algunas ideas de aquellos autores que le dan el carácter de sociedad, en el siguiente, los que le reconocen el carácter de contrato, dejando para el último nuestras ideas que al respecto expon-dremos.

La legislación mexicana, desde el Código de Laredo, así mismo los de 1884 y 1890, hasta la actual LGSM [arts. 265, 237, 92 y 252 respectivamente], la ha regulado dentro de su capítulo de sociedades dándole así el carácter de tal. No obstante, ha vacilado sobre su naturaleza al no colocarla dentro de la división clásica que de las sociedades ha hecho. En este mismo sentido están las legislaciones francesa e italiana.

MANTILLA MOLINA [24], considera que la asociación en participación se encuentra regulada por la mayor parte de los Códigos de Comercio, y si bien, perfilada de diversos modos, siempre conserva rasgos tales que permiten incluirla dentro del concepto genérico de sociedad, como su tipo más sencillo y menos formalista.

Este autor dice que la asociación queda comprendida dentro del concepto general de sociedades [25], si bien con caracteres que la diferencian de las demás sociedades stricto sensu.

El carácter esencial de las sociedades, es la existencia de un fin común; este carácter existe en la asociación en participación y consiste en la realización del negocio o negocios para lo cual se constituye; también existe la necesidad de hacer aportaciones para la realización del fin común y por último también la distribución de ganancias y pérdidas, que viene a ser una consecuencia de aquella.

Es cierto -dice MANTILLA MOLINA [26] - que a la asociación en participación le faltan caracteres como el fondo común, formado por las aportaciones de las partes, que viene a constituir el patrimonio de una nueva persona, la sociedad.

[24] Op. cit. pág. 177

[25] MANTILLA MOLINA. op. cit. pág. 179

[26] Ibidem

En la asociación en participación, las aportaciones se entregan al asociante quien se convierte en titular de ellas, debido a la falta de personalidad de ésta, y se encarga de la realización del fin común, pero en realidad, explica este autor, la personalidad moral es carácter secundario, al extremo de que la sociedad en Roma, existía sin ella y de que aún en nuestros días en el derecho germánico hay tipos de sociedades que carecen de ella, tampoco la tienen en Italia conforme al C. Civ. de 1942, la sociedad simple, la colectiva ni la comandita; lo mismo sucede en las sociedades inglesas del tipo "partnership". Así pues, no puede considerarse como un carácter esencial de la sociedad, la existencia de la personalidad, tan poco lo que es consecuencia de ésta: la existencia de un fondo común, que constituye su patrimonio. La falta de estos caracteres en la asociación en participación, no permite negarle de manera absoluta el carácter de sociedad, aunque se marca una clara línea de diferencia entre este tipo de sociedad y las demás sociedades mercantiles. (27)

ESTEVA RUIZ (28), después de analizar las diferencias entre asociación y sociedad, llega a la conclusión de que aquellas son verdaderas sociedades. Lo que sucede es que son sociedades sin personalidad jurídica, son sociedades entre los socios.

La personalidad jurídica, tiene razón de ser en toda entidad en las relaciones de la institución con los terceros.

En la asociación en participación, se trata de una sociedad que existe exclusivamente para los socios, no existe para terceros. La ley ha pensado que a veces hay negocios en donde no se interesan los terceros, sino en la relación que -

(27) *Ibídem* MANTILLA MOLINA, op. cit. pág. 180.

(28) *Curso de Sociedades Mercantiles e Instituciones de Crédito*. Apuntes, t. I. México, s/f. págs. 278 y sigs.

tienen con una o varias personas determinadas, y a este tipo de negocios corresponde la asociación en participación. En esta clase de negocios, para la satisfacción de las necesidades jurídicas y sociales de la sociedad en general, no es necesaria la personalidad, ni para la defensa de los derechos de terceros, sino que sólo basta la relación de los terceros con los individuos asociados, siendo así como no se le otorga personalidad jurídica a esta entidad; pero esto no quiere decir que no exista tal sociedad, existe para los socios, no existe en el sentido de que sea una entidad distinta de los socios. ESTEVA RUIZ. (29)

VIVANTE (30), la considera como "un contrato análogo al de sociedad y la diferencia está en que no se trata de formar una persona jurídica distinta de los contratantes, sino que agota su finalidad en las recíprocas relaciones de aquellos", teniendo como fin al igual que el contrato de sociedad, expresa este autor, "la división de las utilidades y las pérdidas que dimanen del negocio efectuado en interés común", y debido a ello, "se aplican a las relaciones recíprocas de los socios, reglas contenidas en el Código para el contrato de sociedades", entre ellas las de cuantía y plazos en que deban repartirse las utilidades y las pérdidas: las relativas al derecho correspondiente a cada uno de los asociados de rechazar el ingreso en la asociación de otros y aquellas que sobre las causas de disolución existen.

Para RAVA (31), la asociación en participación es un contrato de sociedad, al afirmar "para las partes lo único es el objeto, y éste como único, se deriva de la voluntad contractual: el asociado, se obliga a conferir la aportación, el asociante se obliga a emplear en los negocios los medios necesarios. De este modo operan voluntariamente, corriendo el riesgo

(29) Apuntes cit., págs. 278 y sigs.

(30) Op. cit., pág. 575.

(31) Associazione in Partecipazione e Società Irregolare. Edit. A. Giuffrè, Milán, 1938, pág. 43.

del comercio entero. Esta voluntad de dividir las ganancias de una empresa y de sufrir las pérdidas eventuales, es el elemento característico de todo contrato de sociedad, y en este sentido la asociación en participación, es indudablemente un contrato de sociedad".

h).- LA ASOCIACION EN PARTICIPACION COMO CONTRATO MERCANTIL.

El número de autores que defienden esta teoría contractualista, no es tan extenso como la de aquellos que pugnan por -- considerarla como una sociedad, entre aquellos tenemos a MOSSA [32], quien considera que "la asociación en participación no es una sociedad comercial, en el sentido de que no es una persona jurídica del derecho mercantil, ni una sociedad comercial, ni una sociedad dotada de una empresa o patrimonio social. Por estas razones negativas se distingue y aún se contrapone a lo que es una verdadera sociedad mercantil". Pero la asociación en participación, para este autor, es siempre un contrato de contenido social, en el cual las partes buscan un fin lucrativo - común, el reparto de beneficios resultantes de la empresa o de los resultados comerciales que formarán el objeto de la participación. Es pues esta institución, una simple participación o un simple contrato y relación meramente obligatoria, en el -- ejercicio de una empresa o en el desarrollo de uno o varios actos de comercio.

LUEBBERT [33], configura la asociación en participación como un contrato de mandato, explicando que el socio aparente es un mandatario del socio secreto. Para CAROSELLI [34], esto no parece muy acertado, pues el mandatario debe cobrar por -- cuenta o cargo del mandante, y el gestor en la asociación en participación actúa por su cuenta y en negocio propio, sin -- ajustarse a las instrucciones del socio secreto.

[32] Op. cit. pág. 211.

[33] Cit. por CAROSELLI, op. cit. pág. 149.

[34] Op. cit. pág. 149.

D'AMELIO (35), considera que la asociación en participación da lugar a una simple relación contractual entre asociante y asociado, y no crea, en consecuencia un sujeto jurídico nuevo.

Negándole también, a la asociación en participación la calidad de sociedad, no admitiendo el vínculo social en las obligaciones internas de los asociados, están MANARA, NAVARRINI y - BOLAFFIO. (36)

GRANDI (37), después de hacer un estudio comparativo de la asociación en participación con otros contratos, llega a la conclusión de que dicha institución no es una sociedad, que en ella no existe vínculo social alguno, ni siquiera limitado a las obligaciones internas de los asociados, que puede ser asimilable al mutuo, pero que las diferencias existentes entre Este y la asociación en participación, inducen a considerarla como un contrato sui generis.

Para CAROSSELLI (38), la asociación en participación es un contrato de mutuo y en especial un negocio de crédito, pero del estudio comparativo que de dichas instituciones hace, encuentra ciertas diferencias entre ambas, llegando a la conclusión que la asociación en participación se puede considerar como un "mutuo calificado" y en especial como un "negocio de crédito".

Ahora bien, haciendo un estudio de la idea contractualista de GRANDI (39), llegamos a la conclusión de que este -- autor está en lo cierto, al considerar a la asociación en par

(35) Cit. por CAROSSELLI, op. cit. pág. 151.

(36) Cits. por GRANDI, op. cit. pág. 41.

(37) Op. cit. pág. 43.

(38) Op. cit. págs. 151 y sigs.

(39) Op. cit. pág. 41.

ticipación como un contrato; no obstante, SOLA DE CANIZARES (40), señala que en la asociación en participación, "concurren como elementos: 1o.- La agrupación de personas; 2o.- Las aportaciones de los contratantes; 3o.- Un objeto común; y 4o.- El reparto de beneficios y pérdidas entre los que la forman", y estima que nuestra institución tiene carácter de sociedad; en nuestra opinión, por el contrario, tiene naturaleza contractual. Sobre el particular suscribimos la tesis de BRUNETTI (41), quien sostiene que la característica fundamental que distingue a la sociedad del contrato de asociación en participación, es que en la primera, se da un contrato de organización, en tanto que en el segundo, se considera como contrato de cambio.

En efecto, en la asociación en participación no estamos en presencia de una organización, ni menos aún de órganos encargados de llevar a cabo las decisiones de los integrantes del ente jurídico, ni encontramos, por otra parte, una autonomía de los bienes o servicios aportados, ya que éstos se incorporan al patrimonio del asociante. En otro orden de ideas, las sociedades mercantiles en nuestro derecho, a diferencia de la asociación en participación, tienen personalidad jurídica, distinta de los socios, un patrimonio común, (social) formado por las aportaciones de éstos, y en consecuencia una finalidad común, que consiste en obtener un resultado, el cual puede ser favorable o adverso a los fines de los participantes, además, conforme a nuestra legislación, es requisito el que esté formada de acuerdo con la LGSM (42). De dichas características, la única que encontramos en la asociación en participación, es aquella relacionada a la obtención de un fin común, lo cual no es bastante para considerarla como sociedad.

(40) *Ibidem* El Contrato de Participación en el Derecho Español y en el Derecho Comparado, Edit. Rev. Dcho. Priv., Madrid, 1954, pág. 14.

(41) *Ibidem* Trattato del Diritto delle Società, Edit. A. -- Giuffrè, t. I. Milán, 1946. págs. 36 y 37

Sin embargo, nos adherimos a la tesis de GRANDI (43), quien considera que la asociación en participación, es no obstante, un contrato de contenido social, debido a lo cual es acertado darle la denominación de "contrato sui generis".

(42) A esto, podemos agregar que, la constitución de una asociación en participación no es tan compleja como lo es la de una sociedad en general. Así vemos que nuestra legislación siempre le ha dado un carácter simplista, al dispensarla de las formalidades que para las sociedades mercantiles establece.

(43) *Ibidem* Op. cit. pág. 41.

E L O B J E T O .

A.- RIVAROLA MARIO (44) LO QUE CARACTERIZA A LA SOCIEDAD - EN PARTICIPACION, ES ANTE TODO EL ANIMO DE QUIENES LA CONSTITUYEN, EL OBJETO DETERMINADO PARA EL CUAL LA SOCIEDAD SE CONTRAE, Y SU CARACTER TRANSITORIO EN CUANTO NACE, DURA Y TERMINA CON EL OBJETO O FIN QUE LA MOTIVO.

El objeto de la Sociedad en Participación, es como -- queda dicho, simultáneo con la existencia de la misma según el Artículo 395 del Código de Comercio Argentino, se forma - "para una o más operaciones de Comercio determinadas y transitorias" quizá pudiera decirse que ésta es la característica peculiar o exclusiva de este tipo de Sociedades Comerciales, a la relativa vaguedad que uniformemente atribuyen los autores a los textos legales, comprende, por contraposición, la mayor precisión aunque no absoluta, que proporcionan las calidades del objeto de la Sociedad Accidental o en Participación "una o más operaciones de Comercio" como dice el Artículo 395, no equivale al concepto genérico de practicar - actos de comercio (282) ni al específico de las otras sociedades. (45)

En las Sociedades Accidentales o en Participación, - el plazo se identifica en absoluto con la realización del - objeto para el cual se concertó la Sociedad, si el objeto - se hace imposible la Sociedad queda disuelta, y en el momento en el que el negocio queda cumplido, la Sociedad desaparece también. (46)

Plazo y Objeto están indisolublemente unidos, cualquiera que sea la medida de tiempo en que la operación haya de quedar terminada o en que efectivamente demore en terminar.

(44) Rivarola Mario, Edit. Compañía Argentina de Edit. 1938. B. A. pág. 321 y sig.

(45) Ibidem.

(46) Ibidem.

El Artículo 269 del Código de Comercio de 1889 establece: "La Asociación momentánea es la que tiene por objeto tratar sin razón social una o varias operaciones determinadas de Comercio. Los socios no están obligados solidariamente para los terceros con quienes contratan". (47)

Según el artículo 133 del Código de Comercio de 1889 "Las Sociedades en nombre colectivo, además de las causas -- previstas en el contrato, se disuelven II por haberse cumplido el término prefijado en el contrato de sociedad, por haberse acabado la empresa que fue objeto de su formación, o por haber caducado el privilegio o patente de su invención, en los casos en que la Sociedad se hubiese organizado para llevar a cabo su explotación". (48) Es una de tantas situaciones en que una Sociedad puede presentar un objeto concreto y ser Sociedad y no Asociación, muchas veces se ha formado una Sociedad para tiempo determinado. (49)

(Art. 270) Código de Comercio 1889. "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 estas constituyan una sola Entidad Jurídica. No hay entre los terceros y los asociados que no contratan, ninguna acción directa". (50)

Una Sociedad puede tener un solo objeto, realizar una sola operación; una Asociación por el contrario puede realizar muchas operaciones. En realidad será raro el caso en que se forme una Asociación para una operación concreta. El caso general es que se forme una Asociación para realizar una serie de operaciones de determinada especie. (51)

(47) ESTEVA A. RUIZ -Curso de Sociedades e Instituciones de Crédito, pág. 289 y sig.

(48) Ibldem.

(49) Ibldem

(50) Ibldem

(51) Ibldem

El Artículo 271 del Código de Comercio de 1899 expresa que: "Las Asociaciones momentáneas y en participación tienen lugar entre los asociados para los objetos, en las formas, con las proporciones de interés y condiciones que ellos estimen convenientes".

Artículo 252. Ley General de Sociedades Mercantiles - que a la letra dice: "La Asociación en Participación es un -- contrato por el cual una persona concede a otras que le aportan bienes o servicios, una participación en las utilidades y en las pérdidas de una negociación mercantil o de una o varias operaciones de comercio".

Aunque el artículo antes citado, no hace mención expresa del objeto de la Asociación, como lo hacía el Código de Comercio de 1889, se puede concluir de su interpretación que es te se encuentra inibito, según se desprende del último párrafo al decir "de una o varias operaciones de comercio".

A N T E C E D E N T E S

- A) ROMA
- B) DERECHO MEDIOEVAL
- C) DERECHO MODERNO

A) ROMA

El genio del pueblo legislador que señaló los lineamientos de gran parte de las instituciones jurídicas que se dan en el mundo moderno, creó, aunque en forma incipiente, algunas figuras en el campo del Derecho, que presentan aristas de similitud con la institución materia de nuestro estudio.

En efecto, algunos autores han considerado que la asociación en participación, tuvo su origen en el Derecho Romano, reconocido en la "admissio" o "assumptio", que consistía en la participación que un socio daba a una persona de los resultados de su parte, sin enterar de ello a los demás componentes de la sociedad. Esta persona, no se convertía en parte de la sociedad, por el hecho de ser partícipe de tales beneficios. (52)

Otros tratadistas que también reconocen en la "admissio" el origen de la asociación en participación, afirman que ésta se practicaba como un contrato independiente de aquella; así encontramos a DELANGLE (53), quien sostiene que, habiendo sido usada por los romanos, no fue codificada, debido a que se aplicaba a los extranjeros y peregrinos a quienes no se consideraban dignos de entrar en la fórmula del Derecho Civil.

POULLE (54), estima que la falta de documentos y la obscuridad de los términos no permiten establecer de un modo seguro y satisfactorio, la existencia de la asociación en participación en Roma; pero no llega a probar, como lo pretende STRACHA (55), el que sea una invención moderna.

(52) SALVATORE GIOVANNI GRANDI, *L'Associazione in Partecipazione*, *Dit. Dott. Francesco Vallardi, Milán, 1939, págs. 8 y sigs.*

(53) *Cit. por GRANDI, ibidem.*

(54) *Cit. por GRANDI, ibidem.*

(55) *Cit. por GRANDI, op. cit. pág. 8.*

CAROSELLI (56), considera la imposibilidad de que los romanos conocieran y practicaran la asociación en participación tal y como la conocemos en nuestros días, aunque -- sin dejar de admitir la existencia de algunas instituciones, tales como la "Heres Non Adscitus" y las "Societates Vectigalium"; que presentan rasgos de afinidad con aquella.

Tomando en cuenta la división que de las "sociedades" se hacía en el Derecho Romano (57), encontramos cierta similitud entre aquellas formas jurídicas y nuestra actual -- asociación en participación.

En efecto, los romanos dividían las sociedades en uniuersales y particulares, subdividiendo a su vez estas últimas en unius rei y alicujus negotiationis. En la primera, - los asociados ponían en común la propiedad o el uso de una o varias cosas determinadas para una sola operación mercantil, repartiéndose los beneficios obtenidos por la explotación; en la segunda, varias personas ponían en común ciertos bienes, con miras a realizar no una, sino un sinnúmero de transacciones comerciales de un género determinado, al final de las cuales se dividían las ganancias o, en su caso, las pérdidas. (58)

Una diferencia que es muy importante destacar, es que mientras la asociación en Roma estaba dotada de personalidad jurídica, las "societas" por su parte, no actuaban en el mundo del derecho, como sujeto individual autónomo, era una relación interna que no trascendía al exterior, no formando una persona distinta de los socios. (59)

(56) L'Associazione in Partecipazione, Edit. CEDAM, Padua, págs. 28 y sigs.

(57) EUGENE PETIT. Tratado Elemental de Derecho Romano, -- Edit. Nacional, S. A. México, 1953, págs. 405 y sigs.

(58) IBIDEM.

(59) JUAN IGLESIAS, Derecho Romano. Institución de Derecho Privado, 2a. ed., Edit. Ariel, vol. II. Barcelona, -- 1953. Pág. 82 y sigs.

También en la administración, encontramos cierta afinidad con la asociación en participación moderna. En efecto, la administración en las "societas", estaba encargada en principio a todos los socios, actuando uno de ellos como mandatario o gestor sin mandato, pero los negocios por él realizados, sólo lo producían efectos en su propia cabeza (60). Las "societas", en cambio, se constituían sobre la base de una relación de confianza entre determinadas personas y la "fraternitas", en la que la sociedad se inspiraba, explicaba claramente el - que la sociedad acabara por "rescisión unilateral", por la -- muerte o "capitis diminutio" de cualquiera de los socios, -- siendo también causas de extinción, la quiebra o confiscación de los bienes de un socio; la realización del negocio que -- constituía su objeto; la expiración del tiempo por el cual -- fue constituida; la voluntad concorde de los socios y finalmente la transformación de la sociedad mediante "stipulatio" o por el ejercicio de la "actio pro socio". (61)

De lo anteriormente expuesto, podemos concluir que el Derecho Romano estableció una distinción clara entre los diversos tipos de sociedades sobre las que legisló, a unas les reconoció la personalidad jurídica, negándose las a otras. En las "societas", acotó claramente que por tratarse de una relación interna sin proyecciones a terceros, no podía constituir una persona distinta de la de los asociados, de donde -- resultaba que las transacciones efectuadas por el gestor, -- sin mandato, sólo tenían efectos para él, ya que los terceros contratantes no podían ejercitar sus acciones en contra de -- los demás socios. En cambio, en las asociaciones, el legislador romano al reconocerles personalidad jurídica, estableció también, la distinción entre la sociedad y los socios, señalando los casos y términos de la afectación jurídica de los diversos patrimonios.

(60) RODOLF SOHM, Instituciones de Derecho Privado Romano. Edit. Gráfica Panamericana, México, 1951, págs. 242 y 243.

(61) JORGE BARRERA GRAF, Tratado de Derecho Mercantil, Edit. Porrúa, vol. I, México, 1957, págs. 53 y 54.

B) DERECHO MEDIOEVAL.

Va vimos que no todos los autores coinciden en ubicar el antecedente de la asociación en participación en el Derecho Romano; en cambio, la mayoría de ellos están acordes en situar como época de nacimiento de esa institución, el medioevo.

Dos razones contribuyeron poderosamente a generar el nacimiento de la asociación en participación, en ese período histórico: una, representada por el intenso tráfico marítimo que se efectuaba en la cuenca del Mediterráneo y en especial, en los litorales italianos y franceses; la segunda, que no tiene el carácter comercial, sino político social - que se dio atento al orden de ideas que privaba en aquel entonces. (62). Como se recordará, el interés fijado a los préstamos alcanzó proporción tan desmedida, que el clero, pretendiendo suprimir esos abusos dictó disposiciones tendientes a regular el interés y suprimir la usura. Por otra parte, la nobleza considerando indigna la actividad mercantil y como consecuencia de ello, no obstante su deseo de participar en el ámbito de los negocios, se abstienen de hacerlo directamente, por lo que idearon la manera de invertir su dinero en empresas o actos de comercio, sin que figurara su nombre, ni se supiera quien era el verdadero propietario del dinero o de las mercancías que serían objeto de transacciones en el mercado.

De ahí que GRANDI (63), exprese que además de las causas económicas existen otras razones de carácter eventual como las leyes canónicas, que prohibían la usura y no autorizaban el préstamo a interés, también el impedimento de dedicarse a los negocios, por considerarse indigno de algunas clases sociales, llevaron a las personas que dispo

(62) Ibídem.

(63) Op. cit. págs. 9 y 10.

ntan del dinero a efectuar operaciones fructíferas sin que por ello se expusieran a la pena de las leyes, así como a romper los convencionalismos sociales entonces existentes. (64)

La unión del dinero de estas personas con el trabajo de los otros aparecía como un buen medio para hacer rendir la -- propia riqueza. Así va surgiendo la figura de la asociación -- en participación al concurrir estas personas en el comercio, pero sin asumir responsabilidad alguna y limitando el riesgo. Esta figura fue entonces conocida con el nombre de "commenda", que no tuvo exactamente la forma como en la actualidad la conocemos.

Al respecto, SCIALOJA (65), afirma que la comenda en su esquema más simple, y en especial la unilateral, tiene la misma aplicación que el préstamo marítimo, dicho autor les -- concede la misma causa de aparición: una persona busca un -- fructífero empleo de su capital; otra, el financiamiento de su negocio. De esta manera, unen sus bienes y energías de -- trabajo, acordando que una de ellas desarrolle una actividad comercial o industrial para beneficio común, y la otra, contribuya en el negocio solamente con el capital aportado. Estos negocios permitieron que intervinieran en el comercio, -- personas ajenas a él, en especial aquellas que no querían -- aparecer públicamente.

(64) ROBERTO L. MANTILLA MOLINA, *Derecho Mercantil*. Edit. Porrúa, México 1959, 4a. ed. pág. 254 y sigs., encuentra -- causas análogas de aparición del contrato de comenda, al considerar que permita la inversión de capitales productivamente, y la obtención de ganancias en las actividades mercantiles e industriales, a personas que no podían aparecer en dichos negocios, por prohibirlo la ley o los prejuicios sociales.

(65) *Saggi di Storia del Diritto Marittimo*. Edit. "Foro Italiano", Roma, 1946. págs. 69 y sigs.

GARRIGUES (66), considera que el origen remoto de esta institución está en la antigua comenda: "Participación de un capitalista (commendator) en la especulación de un negociante (tractator), encomendándole mercancías para la venta o dinero para la compra", también le reconoce el mismo origen a otra, - la sociedad en comandita, pero afirmando que la forma originaria de la "commenda" está más de acuerdo con la fisonomía moderna de la asociación en participación.

La forma social, aparece cuando ambos contratantes aportan capital (aquí hay un socio capitalista -socio pecuniae- y un socio capitalista e industrial -socio industriae et pecuniae-)

A partir de este momento se dibujan claramente las dos derivaciones que conducen, respectivamente, a la sociedad en comandita y a la asociación en participación. En una de ellas (acommandita) el capitalista se manifiesta al exterior como partícipe en el negocio y responsable frente a los acreedores, su nombre es inscrito en los libros de la sociedad y el contrato social a veces en el Registro Mercantil (Compagnia Palese); en la otra (participatio), el capitalista permanece oculto para los terceros, sin responsabilidad frente a ellos, no hay firma social, el negocio se muestra eternamente como un negocio individual del comerciante (Compagnia Secreta). Este tipo de compañías viene a ser el antecedente directo de la asociación en participación (asociación en cuenta de participación), que conserva la esencia de la antigua commenda, mientras que la sociedad en comandita, sólo conserva el nombre. (67)

ALVAREZ DEL MANZANO (68), sostiene que la asociación mercantil en general estuvo en uso desde los tiempos más antiguos, aplicada especialmente al comercio marítimo.

(66) Curso de Derecho Mercantil, Madrid, 1936, pág. 211.

(67) GARRIGUES, op. cit. pág. 212.

(68) Tratado de Derecho Mercantil Español. Comparado con el extranjero, Edit. BOSCH. t. II. Madrid, 1916 págs. 713 y sigs.

El *Guidón de la Mar y la Ordenanza de la Marina de Colbert* hablan de la asociación entre el propietario del buque y el proveedor de víveres. La misma Ordenanza, trata de la asociación entre el propietario o el naviero y la tripulación, sobre el flete o sobre la mercancía. (69)

El derecho estatutario, reguló la "commenda", cuyo carácter esencial era el ser una asociación en que el capitalista buscaba el medio de hacer productivo su dinero o sus efectos, y en el que el asociado gerente ponía de su parte el trabajo y ejecutaba en nombre propio; las funciones del asociado gestor, eran unas veces libres y otras limitadas. Al término del viaje, el asociado gerente rendía cuentas de su gestión, restituía el capital y deducidos los gastos se prorrateaban las ganancias. (70)

Cuando el asociado gerente no ponía más que su trabajo en la empresa, recibía ordinariamente una cuarta parte de las ganancias, otras veces una tercera; si aportaba algún capital, llevaba una parte proporcional en los otros tres cuartos. (71)

Existían formas de "commenda" como el contrato de "pactilla" que era una asociación entre el hombre de mar ajustado al flete y un tercero a quien cedía su parte en la capacidad del buque; otro era el "contratto di colonna", que consistía en la asociación entre el naviero, la tripulación y los cargadores, para el reparto de los gastos y utilidades del viaje. (72)

En España existieron el "pacto de mota" y "participación en madera", contrato en virtud del cual el capitán de un buque toma una cantidad (la mota) a cuenta de alguna ex-

(69) *Ibidem*.

(70) ALVAREZ DEL MANZANO, op. cit. págs. 713-714.

(71) *Ibidem*.

(72) *Ibidem*.

pedición marítima, comprometiéndose a formar un fondo con todas las cantidades recibidas, para habilitar con él, el buque y comprar mercaderías para negociarlas en el viaje, y rendir cuentas a la vuelta de éste, devolviendo a cada asociado (motista) el capital que aportó, con los beneficios o pérdidas, y reteniendo el capital para futuras expediciones. (73)

Al practicar la liquidación, las tres quintas partes de los beneficios líquidos se consideran del buque, y las otras dos quintas partes es lo que se reparte a los motistas. (74)

VON GIERKE, considera que a principios de la Edad Media aparecen las sociedades accidentales (75), en las cuales dos personas se unen con el objeto de lograr una operación especulativa accidental.

En los países latinos se denomina a esta formación jurídica "commenda", la cual aparece en dos formas distintas: la comenda unilateral, en la cual un capitalista entrega mercancías o dinero al dueño de una empresa, éste se iba al extranjero y lucraba con los valores que le eran encomendados, es decir, vender las mercancías o emplear el dinero para efectuar compras, y el beneficio así obtenido, se reparte a su regreso. En la comenda con aportaciones de ambas partes, denominada -- "collegatia", ya destaca claramente el factor social, es una sociedad accidental con aportaciones de ambos socios. Se forma una comunidad patrimonial, sin embargo, frente a terceros sólo actúa el dueño de la empresa. (76)

(73) *Ibidem*.

(74) ALVAREZ DEL MANZANO, op. cit. pág. 715.

(75) *Derecho Comercial y de la Navegación*, Edit. TEA, trad. esp. Buenos Aires, 1927, págs. 265 sigs.

(76) *Ibidem*.

C) DERECHO MODERNO.

En la época moderna, ya encontramos a la asociación en participación estructurada sobre nuevas bases y adecuadamente reglamentada por varias legislaciones, como la francesa, la española y en especial la italiana.

En el antiguo derecho francés, las Ordenanzas de Blois de 1579, denominaban "sociedad anónima", a nuestra institución, para la que fijaban como obligación el registro del contrato correspondiente, sin que fuera por otra parte preciso señalar los nombres de los asociados o participantes. Lo anterior, según GRANDI (77), no era razón suficiente para considerar que se tratase de una asociación en participación, diversa a la establecida por la doctrina italiana.

En relación a las Ordenanzas Francesas de 1673, tanto MAZZERA (78) como MALAGARRIGA (79), afirman que no contenían disposición alguna que la reglamentaria, no obstante que se le conocía como una sociedad sin nombre (anónima) aunque no similar a la que se da en nuestros días.

Sin embargo, autores posteriores a esta Ordenanza y anteriores al Código de 1807, se refieren a la asociación en participación considerándola como una sociedad oculta y temporal, y la denominaban sociedad anónima, así lo hacían, en efecto, JOUSEE y POTHIER. (80)

GRANDI (81), al referirse a las Ordenanzas de marzo de 1673, descubre la "admissio ad participationem" con el título de sociedad anónima, en la cual el socio era tenido como "socio oculto", careciendo la empresa de un nombre social y no siendo conocida por terceros.

(77) Op. cit. pág. 21.

(78) Curso de Derecho Comercial, Edit. Medina, 2a. Ed. t. II Montevideo, 1952, pág. 186.

(79) Tratado Elemental de Derecho Comercial, Edit. TEA, 1a. parte, t. I. Buenos Aires 1921, pág. 318.

Este autor también cita a SAVARY, pero considera que da un concepto erróneo de la asociación en participación, al expresar que "se le ha llamado así porque está sin nombre y - - ella no es como persona importante en modo alguno al público, todo lo que se hace en la negociación tanto en la compra como en la venta de mercancías, no guarda con los asociados, nada de derecho suyo, de suerte que los asociados que compran, son los que se obligan, los que pagan al vendedor; el que vende, recibe del comprador, no se obligan los dos juntos respecto a una tercera persona, solamente lo están uno en relación del - - otro, en lo que respecta a la sociedad. Hay casos en que los convenios son verbales, y otros por escrito redactándose la - - mayor parte por carta que los comerciantes se dirigen los -- unos a los otros respectivamente. Las condiciones son breves y contienen un solo y único artículo, terminando el mismo -- día en que se fecha. Las relaciones existentes sólo son conocidas por los asociados que intervienen". (82)

JOUSSE (83), habla de una especie de sociedad que él llama anónima, estos es, que se hace sin nombre alguno. Los que forman juntos esta sociedad, trabajan cada uno por su - - lado, sin nombres particulares y se dividen cuentas los unos y los otros recíprocamente, de las ganancias y de las pérdidas sufridas, que ellos comparten y soportan en común.

(80) Cits. por MAZZERA, op. cit. pág. 186.

(81) Op. cit. pág. 22

(82) Cit. por GRANDI, op. cit. pág. 22

(83) Cit. por GRANDI, op. cit. pág. 22

En opinión de POTHIER (84), "la sociedad anónima o desconocida, que también se llama cuentas en participación es aquella para la cual dos o más personas convienen en ser parte de un negocio determinado que será hecho por una de ellas en su nombre propio", y precisa que el socio ignorado, es tenido indefinidamente, por la parte que él tiene en la sociedad, a satisfacer a su socio las deudas que éste ha contraído para la sociedad, a diferencia del socio en la "en comandita" que responde sólo a la concurrencia de la suma que le han conferido en sociedad.

POULLE (85), hace una diferenciación entre comandita y asociación en participación, afirmando que la primera es a veces propia y regular, y en otros casos imperfecta e irregular y en otro es sometida a la regla de publicidad; la segunda, la asociación en participación, dice que primeramente era una asociación pasajera, momentánea que no se manifestaba en ninguna manera al público.

La idea que distingue la asociación en participación de la en comandita, entre estos autores, era bastante obscura, -- tan es así que MERLIN (86), proponía la fusión de la sociedad en comandita con la asociación en participación.

CARSELLI (87), afirma que la estructura que la en comandita ha logrado en Italia es completamente conocida en Francia, en este último país se comprende como una participación, o sea como cualquier cosa que no es sociedad, ya que ésta se concebía sólo en sus atributos de la responsabilidad solidaria e ilimitada, características de las cuales carece la asociación en participación.

(84) *Traité de Droit Francais (Oeuvres)*, t. III, Edit. Pichón Bechet, París 1827 págs. 467 y sigs.

(85) *Op. cit.* pág. 119 y sigs.

(86) *Cit. por GRANDI, op. cit.*, págs. 24.

(87) *Op. cit.* pág. 119 y sigs.

El C. Com. Francés de 1807, reguló además de la en comandita, a la asociación en participación, no haciendo aclaración alguna con respecto a la esencia de esta última; por tanto, siguió existiendo la misma obscuridad respecto a la diferencia entre la en comandita y la asociación en participación.

El Ordenamiento citado, consideró que "las asociaciones son relativas a una o varias operaciones de comercio, tienen lugar para los objetos, en las formas, con las proporciones - de interés y de las condiciones convenidas entre los participantes". (88)

Pero esta definición, según CARSELLI (89), insuficiente y poco clara, sólo sirvió para que la doctrina siguiera diferentes rumbos. Para algunos autores, la asociación en participación es una sociedad momentánea y comprende de una o más operaciones pero siempre en número limitado. (90) Este mismo autor, critica esta idea, diciendo que "existirla entre la sociedad en participación y la sociedad ordinaria, la misma diferencia que hay entre un acto de comercio aislado y la profesión comercial."

TROPLONG (91), en cambio, no admite con LOCRE (92), el que la asociación en participación, sea necesariamente de duración breve, al afirmar que la asociación en participación puede ser "momentánea o prolongada, tener por objeto un asunto iniciado o uno por iniciarse, una operación simple o varias operaciones, y que en el momento en que ella no se concrete a las relaciones internas de los socios, se convertirá en consecuencia, en una sociedad en nombre colectivo"; ni la teoría de PARDESUS (93), quien considera que la asociación en participación es relativa a una o más operaciones

(88) GRANDI, op. cit. pág. 25.

(89) Op. cit. pág. 121.

(90) V. También SAVARY y LOCRE, cits., por GRANDI, op. cit. pág. 25.

(91) Contrat. de Società Civile et Commerciale, Edit. Charles Hingray, t. I. Paris.

de comercio, cuyo objeto haya nacido en el momento en que las partes celebren su convenio y que aquel no debe prolongarse, más del tiempo necesario para terminarlo. Sostiene TROPLONG, sin embargo, que la asociación en participación se caracteriza por ser oculta, al decir que "si su objeto se manifiesta en público, dejará por ello de ser una participación". (94)

Los tratadistas franceses, tomando en cuenta los trabajos de la escuela italiana y la antigua doctrina francesa, afirman que la asociación en participación es oculta y que no puede ser revelada oficialmente a terceros. (95)

Poco importa, continúan expresando dichos tratadistas - el que sea relativa a un solo negocio o una serie de negocios, que sea constituida por un tiempo determinado o indeterminado, que ella se aplique a una operación o a todas las que pudieran presentarse, que tenga o no por objeto especulaciones discontinuas. La ley de 24 de junio de 1921, ha tomado en cuenta estos principios concluyentes, codificándolos en su articulado.

En el derecho italiano, durante el período precedente a la unificación de los Estados italianos, varios de Estos hablan reproducido el concepto de la asociación en participación del C. Co. fr., concepto que también el Código Albertino de 1842 habla tocado al hablar en su art. 59 de "operaciones de comercio especiales y determinadas". (96)

BORSARI (97), critica la definición incompleta de la ley por que ella sólo comprende algunos casos de participación, no obstante, que existe participación también "en cuanto más personas se unan entre ellas a especulaciones comercia

(92) Cit. por GRANDI, op. cit. pág. 26.

(93) Cours de Droit Commercial, Edit. Cour de Cessarion, 5a. Ed., t. IV. Paris 1841, págs. 287 y sigs.

(94) Op. cit. págs. 447 y sigs.

(95) GRANDI, op. cit. pág. 23.

(96) GRANDI, op. cit. págs. 29 y 30

(97) Cit. por CAROSELLI, op. cit. pág. 131.

les que cada uno exigirá en su particular y aparente cuenta propia, estando la asociación fuera de los ojos y fuera del cálculo de los terceros, los cuales sólo sabrán respecto de aquellos con los cuales contrataron".

VIDARI (98), define la asociación en participación, como "aquel contrato social, por el cual uno de los asociados trata los negocios comunes de la asociación por sí mismo y a nombre propio con los terceros, actuando por cuenta común, sin que de la existencia de tal contrato aparezca algún signo legal exterior, que adquiere (el asociante) derechos y asume obligaciones contra los terceros en nombre propio, actuando en interés común de los socios. Llama socio palese al que efectúa las operaciones y socio secreto al que no tiene ninguna obligación con los terceros. Admite este autor como notas características de la asociación en participación el ser secreta y no el tener una existencia legal exterior, así como el no tener un nombre social.

CAROSELLI (99), critica esta definición de VIDARI, diciendo "que para dicho autor la asociación en participación es un verdadero ente colectivo con la sola cualidad de ser oculto".

Pero las posibles dudas, en la doctrina y en la Ley - vienen a ser aclaradas por la publicación del C. Co. It. - 1865, el cual recoge fuentes medioevales y en especial ha - tratado de restituir a la asociación en participación, sus atributos que originalmente eran de la "assumptio ad participationem". En efecto, el Código de 1865, toma la mayor - parte de las características de la asociación en participación, al afirmar la irresponsabilidad del partícipe frente a terceros y su calidad de acreedor frente al titular, el - riesgo limitado de la cuota; la indiferencia en una o más - operaciones de comercio, o también el comercio entero.

(98) Corso di Diritto Commerciale, Edit. Hoepli, 4a. ed. vol. II, Milán, 1894, págs. 434 y sigs.

(99) Op. cit. 132.

En Alemania, la asociación en participación, tuvo un origen y una configuración muy semejante a la "participatio" italiana. En las diferentes fuentes de que habla CARSELLI - (100) "el negocio jurídico entre el capitalista y el dueño de la hacienda, tiene una configuración exactamente igual a la de la participatio".

El comerciante o la sociedad comercial, son los dueños de la hacienda y dirigen por sí mismos los negocios; el particular que suministra el capital, cuando no exista un pacto especial, respecto a ello, tiene una participación en las ganancias y en las pérdidas, teniendo éstas últimas el límite máximo del capital conferido, y los dueños de la hacienda -- son los obligados directamente frente a los terceros.

Las traducciones de las obras de SAVARY, también influyeron en Alemania, ya que al través de ellas el nombre de la sociedad en comandita, penetró y dió origen a una confusión de ideas sobre la naturaleza de las dos sociedades: en comandita y asociación en participación (STILLE GESELLSCHAFT).

La publicación del Código de 1807 influyó aún más. Por una parte se trataba de mantener firme la estructura de la sociedad tácita, concebida como un simple negocio de crédito sin carácter social, por el otro se trataba de introducir el concepto francés de sociedad en parte limitada.

El C. Co. al., llegó a reconocer a la sociedad en comandita como una verdadera sociedad, dándole a la sociedad tácita, las características de un negocio jurídico prevalentemente de crédito, según su naturaleza original. Y el nuevo C. Co. al. no ha aportado a la "Stille Gesellschaft" -- esenciales modificaciones, pues la deja estructuralmente en

(100) El libro de Derecho de Giovanni Rothe, después elaborado por PURGOLD: El libro de la Usura de CHRISTOPHER KUPPNER, el Privilegio del Emperador Federico III por NOKINIBERGA. El derecho de la ciudad de Luxemburgo. - Op. cit. pág. 126.-

la misma situación en que estaba en el antiguo Código, sin haber resuelto los problemas diferenciales entre la sociedad en comandita y la sociedad tácita.

En España, el problema doctrinal no estuvo tan arraigado como en los demás países europeos, y así el C. Co. 1829 le dedicó cinco preceptos agrupados en una sección aparte intitulada "De la Sociedad Accidental o Cuentas en Participación".

{ 101 } El C. Co. vigente incluye las que llama cuentas en participación no entre las sociedades sino entre los contratos especiales de comercio.

Así vemos que en este país el problema sólo ha sido -- respecto de la naturaleza jurídica de la asociación en participación, que unas veces es considerada como sociedad y otras como contrato especial.

[101] V. ALVAREZ DEL MANZANO, *op. cit.*, pág. 715 y MALAGARRI CA. *Op. cit.* págs. 318 y 319.

CAPITULO II. EL ASPECTO JURIDICO.

- a) *Su Campo de Aplicación.*
- b) *La Asociación vista como un contrato.*
- c) *La Ley General de Sociedades Mercantiles y la Asociación en Participación.*

SU CAMPO DE APLICACION.

A) MANTILLA MOLINA (102), considera que la Asociación en Participación se encuentra regulada por la mayor parte de los Códigos de Comercio, y si bien, perfilada de diversos modos, siempre conserva rasgos tales que permiten incluirla dentro del concepto genérico de sociedad, como su tipo más sencillo y menos formalista.

Este autor dice que la Asociación queda comprendida dentro del concepto general de sociedades (103), si bien con caracteres que la diferencia de las demás sociedades - *stricto sensu*, el carácter esencial de las sociedades, es la existencia de un fin común; este carácter existe en la asociación en participación y consiste en la realización - del negocio o negocios para la cual se constituye, también existe la necesidad de hacer aportaciones para la realización del fin común y por último también la distribución de ganancias y pérdidas que viene a hacer una consecuencia de aquella.

Es cierto dice Mantilla Molina (104), que a la Asociación en Participación le faltan caracteres como el fondo común, formado por las aportaciones de las partes que - viene a constituir el Patrimonio de una nueva persona, como lo es la Sociedad. En la Asociación en Participación, - las aportaciones que se entregan al asociante quien se convierte en titular de ellas, debido a la falta de personalidad de ésta, y se encarga de la realización del fin común, la personalidad moral es carácter secundario, al extremo - de que la sociedad en Roma, existía sin ella y de que aún en nuestros días en el Derecho Germánico hay tipos de sociedades que carecen de ella, tampoco la tiene en Italia - conforme al Código Civil de 1942, la Sociedad simple, la -

(102) Mantilla Molina op. cit. pág. 177

(103) *Ibidem* op. cit. pág. 179

(104) *Ibidem*.

colectiva, la comandita, lo mismo sucede en las sociedades inglesas del tipo "Partnership", así no puede considerarse como un carácter esencial del de la sociedad la existencia de la personalidad, tampoco lo es la consecuencia de esta, la existencia de un fondo común que constituye su patrimonio, la falta de estos caracteres en la asociación en participación, no permite negarles de manera absoluta el carácter de sociedad.

Así tenemos que en la legislación Francesa en su artículo 47, establece "independientemente de las otras sociedades la ley reconoce las asociaciones comerciales en participación", Este artículo se refiere a las sociedades establecidas por el mismo ordenamiento en su artículo 19, que son la sociedad en nombre colectivo, la sociedad en comandita y la sociedad anónima, y en el comentario al mismo, establece que a diferencia de las otras sociedades, en las morales que tienen nombre distinto a sus socios, la asociación en participación es aquella cuyo objeto es una o varias operaciones determinadas. [105]

Las disposiciones del Código de Comercio Francés - relativas a la asociación en participación han sido reemplazadas por las de la Ley de 24 de junio de 1921, e incorporadas al Código citado, en sus artículos del 47 al 50. [106]

Alemania en su legislación llama a la asociación en participación "sociedad tácita" (stille gesellschaft) y esta sociedad existe, cuando las personas se unen, pa-

[105] J. A. Rogron, Code De Commerce Expliqué, 3a. edic. - Paris 1881.

[106] Georges Ripert. Tratado Elemental de Derecho Comercial. Trad. Esp: Edic. T. II B.A. 1954 pág. 150.

ra la explotación de una empresa comercial, esta explotación solo tiene efecto con el nombre de un socio, en tanto que el resto de los asociados, sólo participan por medio - de una aportación a cambio de los resultados de la empresa.
(107)

El primero de estos socios, o sea a nombre del cual - está la empresa se llama detentador del fondo (Gescahaffsín haber), y los otros, o sea aquellos que sólo participan con su aportación, se les llama socios tácitos (stilller - - gesellschaffter) socio tácito es aquel que en virtud de un - contrato social, concede o entrega a un asociante una aportación patrimonial, para ser empleada en su industria, esti pulándose como indemnización una participación en las ganancias de las explotaciones.

La asociación en participación en España es conocida como un contrato, así encontramos que Lorenzo de Benito -- (108), afirma que "es una convención de carácter privado por virtud de la que una o varias personas (comerciantes o no) interesan, mediante la aportación de un capital una o varias operaciones mercantiles, o una empresa comercial, - que ellos dirigen a otra u otras, en las utilidades o en - las pérdidas que estas produzcan en los términos y condiciones estipuladas".

Para la legislación estadounidense, la asociación - en participación Joint Adventure, es una relación legal - de reciente origen creada por las cortes americanas (109) es en general descrita como "una asociación de personas - para efectuar una negociación simple con el propósito de - lucrar".

(107) Konrad Cosackh Tratado de Derecho Mercantil. Edit. Rev. Dcho. Priv. Trad. Esp. Madrid 1935 pág. 306.

(108) Gay de Montella Op. cit. pág. 531.

(109) Manual de Derecho Comercial Edit. V. Sudrez, 1a. Ed. T. III Madrid 1929. pág. 171.

También se le entiende como "una asociación de personas para realizar un simple negocio con el fin de lucrar, - para lo cual combina sus propiedades, dinero, bienes en general, habilidad y conocimiento", los participantes en este tipo de asociación son "coadventures o "adventurers".

Así vemos que la asociación en participación, si bien con sus caracteres que la diferencian han tenido aceptación y aplicación dentro de los diversos ordenamientos jurídicos, existentes pudiéndose afirmar que en el campo de su aplicación ha sido aceptada por las diversas legislaciones de diferentes países.

(109) Caso de Tomkns VS. Commissioner of Internal Revenue, Corpus Juris O. T. pág. 817 y sigs. Edit. American Law Book Co. Vol. 48, Nueva York 1947.

LA ASOCIACION VISTA COMO UN CONTRATO.

B) La Ley General de Sociedades Mercantiles en su artículo 252 establece "la Asociación en Participación es un contrato por el cual una persona concede a otras que le aporten 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 número de autores que defienden la teoría contractualista, no es tan extenso como la de aquellos que pugnan por considerarla como una sociedad, entre ellos tenemos a Mossa (110), quien considera que la Asociación en Participación no es una sociedad comercial, en el sentido de que no es una persona jurídica del derecho mercantil, ni de una sociedad comerciante, ni tampoco una sociedad dotada de una empresa o patrimonio social, por estas razones negativas se distinguen y aún se contraponen a lo que es una verdadera sociedad mercantil, pero para este autor la Asociación en Participación, es siempre un contrato de contenido social, en el cual las partes buscan un fin lucrativo común, el reparto de beneficios resultantes de la empresa o de los resultados comerciales que formarán el objeto de la participación, es pues esta Institución una simple participación o un simple contrato y relación meramente obligatoria de uno, o varios actos de comercio.

La teoría contractualista clásica consideró a la sociedad como una derivación del contrato.

En Roma se le consideró como contrato, ya que determinaba las relaciones entre los socios sin perjuicio de permitir, en nombre de la liberalidad contractual, todas las combinaciones y todas las modificaciones de las reglas legales. (111)

(110) Op. cit. pág. 211.

(111) Ripert. Georges. Tratado Elemental de Derecho Comercial Tomo II Sociedades, Edt. T.E.A.B.A. 1954 pág. - 16 y 17.

Es un contrato, porque, según observan los autores - que así opinan, toda sociedad supone la manifestación de voluntad, de dos o más personas que convienen en tales o cuales actos, así han opinado entre otros, juristas como - - Pothier, Planiol, Ennecerus y Vivante.

Ennecerus señala que: "la sociedad es un contrato -- por el cual varias personas se obligan recíprocamente a propulsar, mediante su cooperación, un fin común". (112)

Vivante expresa que, las Sociedades Comerciales, son personas jurídicas constituidas mediante un contrato en cuya virtud dos o más personas convienen en formar, por medio de sus aportes, un fondo social con el fin de partir las ganancias que podrán conseguir con el ejercicio de uno o más actos de comercio, agrega este autor que la Sociedad tiene base imprescindible en un contrato, pero este contrato posee la virtud especial de dar vida a una persona que antes no existía, dotada de voluntad propia que se regula dentro de los límites señalados por la ley según sus propios intereses, persona nueva y autónoma que persigue duramente su fin, aún cuando los socios que concurren a constituir la se hubiesen separado de la misma, hubieren muerto o trabajado para destruirla. (113)

Sin embargo, la doctrina contractualista ha sido objetada por varios autores, desde fines del siglo XIX, en - que se desarrolló la doctrina de los hechos jurídicos y - se revisó el alcance del contrato y hasta la fecha se le objeta.

El principal argumento que se emplea por la mayoría de los autores Anti-contractualistas, es que el contrato - es un acuerdo de voluntad entre dos o más personas, que hace nacer relaciones jurídicas entre ellos, pero no puede - tener la virtud de crear una persona distinta de los que - contratan, porque las partes están una frente a otra egols tamente, esta teoría da origen a la posibilidad de crea- - ción de una sociedad impersonal,

Ripert por su parte señala que la sociedad domina poderosamente las voluntades individuales que se han manifestado, en el acto creador, los socios pueden por mayoría de votos modificar el pacto primitivo en todas sus disposiciones, mientras que la modificación en un contrato exigirla el consentimiento unánime de las partes. [114]

Luebbert [115], configura la asociación en participación como un contrato de mandato, explicando que el socio aparente es un mandatario del socio secreto, para Caroselli [116]. Este no parece muy acertado, pues el mandatario debe obrar por cuenta y a cargo del mandante, y el gestor en la asociación en participación actúa por su cuenta y en negocio propio, sin ajustarse a las instrucciones del socio secreto.

D'Amelio, [117] considera que la Asociación en Participación da lugar a una simple relación contractual entre asociante y asociado, y no crea en consecuencia un sujeto jurídico nuevo, negándole también a la asociación en participación la calidad de sociedad, no admitiendo el vínculo social en las obligaciones internas de los asociados.

-
- [112] *Rojina Villegas Rafael. Derecho Civil Mexicano Tomo Sexto, Contratos Vol. II Seg. Edición. Antigua Librería Robledo.*
- [113] *Vivante César Instituciones de Derecho Comercial. - Publicaciones del Instituto Cristóbal Colón Roma - 1928. pág. 81 y 82.*
- [114] *Ripert Georges. Tratado Elemental de Derecho Comercial Tomo II Sociedades Edit. T.E.A.B.A., pág. 17.*
- [115] *Luebbert Cit. por Caroselli op. cit. pág. 149.*
- [116] *Cit. Caroselli op. cit. pág. 151.*
- [117] *Op. cit. pág. 43.*

La sociedad desde el punto legislativo mexicano, es -
indudable que las considera como un contrato tanto en el Código de Comercio, así como la Ley General de Sociedades Mercantiles, en varios de sus preceptos califica como contrato social al acto constitutivo de la sociedad misma.

El sistema jurídico mexicano se adhiere a la tesis -
contractualista, al hablarse de un contrato de sociedad.

Las sociedades mercantiles en México derivan de un -
acuerdo de voluntad de los socios para dar vida a un ente -
jurídico distinto a ellos, el contrato lo define el artículo 1793 del Código Civil que dice "los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos" y en su artículo 1792 dice "convenio es -
el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar, o extinguir obligaciones.

El contrato supone cuando menos dos voluntades, aún en un contrato unilateral como el de donación en donde se -
requiere también de otra voluntad que se adhiera para que -
se perfeccione el contrato de donación.

La definición de sociedad debemos de buscarla en el artículo 2688 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales que expresa "por el contrato de sociedad --
los socios se obligan mutuamente a combinar sus recursos o sus esfuerzos para la realización de un fin común, de carácter preponderantemente económico, pero que no constituya -
una especulación comercial," se dice que esta definición -
sólo es aplicable a la sociedad mercantil, considerando la circunstancia de que su fin sí puede constituir una especulación, vemos que el legislador prefirió adoptar un criterio formal desechando el criterio finalista.

En consecuencia, es aplicable el artículo 20. del -
Código de Comercio, que establece que: "a falta de disposición de este Código, serán aplicables a los actos de comercio los del derecho común".

Grandi [118], después de hacer un estudio comparativo de la Asociación en Participación con otros contratos, llega a la conclusión de que dicha Institución no es una sociedad, que en ella no existe vínculo social alguno, ni siquiera limitado a las obligaciones internas de los asociados, que puede ser asimilable al mutuo, pero que las diferencias existentes entre éste y la asociación en participación, inducen a considerarla como un contrato Sui Generis.

Para Caroselli [119], la asociación en participación es un contrato de mutuo y en especial un negocio de crédito, pero del estudio que de dichas Instituciones hace encuentra ciertas diferencias entre ambas llegando a la conclusión, que la asociación en participación se puede considerar como un mutuo calificado y en especial como un negocio de crédito.

Ahora bien haciendo un estudio de la idea contractualista de Grandi llegamos a la conclusión de que este autor está en lo cierto, al considerar a la asociación en participación como un contrato, no obstante Sola de Cañizares [120] señala que en la asociación en participación "concurren como elemento 1o. La agrupación de personas, 2o. Las aportaciones de los contratantes, 3o. Un objeto común y 4o. El reparto de beneficios y pérdidas entre los que la forman", y estima que nuestra Institución tiene carácter de sociedad, en nuestra opinión por el contrario estimamos que tiene naturaleza contractual, sobre el particular suscribimos la tesis de Brunetti [121], -- quien sostiene que la característica fundamental que dis-

[118] Op. cit. pág. 151 y sigs.

[119] Op. cit. pág. 41

[120] El Contrato en Participación en Derecho Español y en el Derecho Comparado Edit. REV. Derecho Priv. So la de Cañizares Madrid 1954 pág. 14.

[121] Brunetti Tratado de Diritto Delle Società, Edit. -- Agiuffare, T. L. Milán 1946, págs. 36 y 37.

tingue a la sociedad del contrato de asociación en participación, es que en la primera, se da un contrato de organización, en tanto que en el segundo se considera como un contrato de cambio.

En efecto en la asociación en participación no estamos en presencia de una organización ni menos aún de órganos encargados de llevar a cabo las decisiones de los integrantes del ente jurídico y encontramos, por otra parte, - una autonomía de los bienes o servicios aportados, ya que éstos se incorporan al patrimonio del asociante, en otro orden de ideas, las sociedades mercantiles en nuestro derecho a diferencia de la asociación en participación tienen personalidad jurídica distinta de los socios, un patrimonio común (social) formado por las aportaciones de éstos y en consecuencia una finalidad común, que consiste, en obtener un resultado, el cual puede ser favorable o adverso a los fines de los participantes, además conforme a nuestra legislación, es requisito que esté formada de acuerdo con la Ley General de Sociedades Mercantiles.

A esto podríamos agregar que, la Constitución de -- una asociación, no es tan compleja como lo es una sociedad en general, así vemos que nuestra legislación siempre le ha dado un carácter simplista, al dispensarla de las formalidades que para las sociedades mercantiles establece, en dichas características la única que encontramos en la asociación en participación, es aquella relacionada a la obtención de un fin común, lo cual no es bastante para considerarla como sociedad.

Sin embargo nos adherimos a la tesis de Grandi quien considera a la asociación en participación no obstante, como un contrato de contenido social, debido a lo cual es - aceptado darle la denominación de "contrato Sui Generis".

LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES MERCAN-
TILES Y LA ASOCIACION EN PARTICIPA-
CION.

C) LEY GENERAL DE SOCIEDADES MERCANTILES, esta Ley, en su exposición de motivos, critica la defectuosa reglamentación que de la asociación en participación elaboró el Código de Comercio de 1890 y sin querer alterar la estructura de dicha asociación, perfectamente definida en la doctrina y legislación extranjera, se preocupa por corregir las imperfecciones del mencionado Código, y llenar sus más graves lagunas.

A tal efecto en su artículo 252, nos hace la diferenciación que el ordenamiento anterior hacía de sociedades momentáneas y asociaciones en participación, define a estas últimas, como contratos por los cuales una persona concede a otras que le aporten bienes o servicios, una participación en las utilidades y en las pérdidas de una negociación mercantil o de una o varias operaciones de comercio.

Esta Ley, al igual que el Código de Comercio de 1890, les niega personalidad jurídica así como razón o denominación social (art. 252). Les priva de formalidades, como lo venían haciendo los Códigos anteriores (1854-1884-1890) al no sujetarlas a Registro, incluyendo como único requisito - el que consten por escrito (art. 254).

La libertad para pactar que observamos en los anteriores Códigos para las partes, en cuanto a fijar los términos, proporciones de intereses y demás condiciones que se estipulen, está expresada en el artículo 255.

El asociante deberá obrar en nombre propio y no habrá relación jurídica entre los terceros y los asociados, - por lo tanto, es aquel el único responsable de la empresa o de las operaciones en particular así como frente a terceros (art. 26).

Respecto a los terceros, los bienes aportados pertenecen al asociante, a no ser que se estipule lo contrario, inscribiéndose la cláusula en el Registro Público de Comercio, cuando la estipulación no haya sido registrada, surtirá efecto, si se prueba que el tercero tenía o debía tener conocimiento de ella. (art. 257)

La distribución de pérdidas y ganancias si no existe pacto al respecto, deberá sujetarse a lo establecido por el artículo 16 de esta ley, pero las pérdidas que correspondan a los asociados no podrán exceder del valor de sus aportaciones. (art. 258)

Por lo que toca al funcionamiento, disolución y liquidación de la asociación en participación el artículo - 259, establece, que en aquellos casos en que falten las estipulaciones especiales que la reglamenten, se regirá entonces por las normas establecidas para la sociedad en nombre colectivo, siempre y cuando no pugne con las disposiciones de este capítulo.

CAPITULO III

DERECHO COMPARADO EN ITALIA Y ARGENTINA

- A) Antecedente del Código de Comercio Argentino.
- B) La Legislación Argentina
- C) El Derecho Italiano
- D) Sus antecedentes en el campo jurídico en México.

**ANTECEDENTE DEL CÓDIGO DE COMERCIO
ARGENTINO.**

LA LEGISLACION ARGENTINA

A) ANTECEDENTE DEL CODIGO DE COMERCIO ARGENTINO.

El Código de Comercio Uruguayo define en su artículo 444 a "la sociedad en participación" como "la reunión accidental de dos o unos comerciantes, para una operación de comercio determinada, trabajando uno, algunos o todos en su nombre individual solamente, sin forma social y sin fijación de domicilio"; admitiendo sin embargo en el artículo siguiente, que dicha sociedad puede ser relativa a más de una operación, y en su artículo 447 establece, que puede formarse entre un comerciante y otra persona que no lo sea, si bien en tal caso la gestión sólo puede llevarse a cabo por el socio comerciante. (122)

El Código de Comercio Argentino segula el mismo sistema del Código de Comercio Uruguayo, hasta la Reforma de 1889, en que suprimió la exigencia de que los socios o al menos uno de ellos fueran comerciantes definiendo la sociedad en participación como "la unión accidental de dos o más personas para una o varias operaciones de comercio determinadas y transitorias, trabajando uno, algunos o todos en su nombre individualmente solamente, sin firma social y sin fijación de domicilio". (123)

Se trata pues en la legislación Argentina, de una sociedad que reviste carácter comercial por su objeto, pero que no puede constituirse para explotar el comercio en general o en ramo cualquiera, sino exclusivamente para la realización de operaciones determinadas, que habrán de efectuarse sin invocar ante los terceros la existencia de la sociedad, si bien la ley prevé que ellos conozcan la existencia de ésta, la operación u operaciones que constituyan el objeto de la sociedad deben revestir la condición de acto o actos de comercio.

Este tipo de sociedad fué en todo tiempo conocida y practicada, citándose el antiquísimo contrato de Colonna como una de sus manifestaciones. (124)

Pero la ordenanza francesa de 1673, no le dedicaba - ninguna disposición conociéndose en aquella época con el nombre de "sociedad anónima" por su carencia de razón social y también con el de cuenta "para una o más operaciones de comercio determinadas y transitorias".

Artículo 396 (Código de Comercio Argentino) el cual establece simplemente que esta sociedad "puede ser relativa a una o más operaciones" siendo además definida en el artículo citado a la sociedad en participación "como una reunión accidental".

Artículo 397 (Código de Comercio Argentino) que también establece que estas sociedades no están sujetas a las formalidades prescritas para la formación de las otras sociedades pudiéndose probar éstas por todos los géneros de prueba admitidos por los contratos comerciales.

En la reforma de 1889 se reprodujo en el capítulo "de las sociedades accidentales o en participación" con ligerísimas variantes, las disposiciones de los artículos -- 444 y 452 del Código de Comercio de 1862, con excepción hecha del artículo 447 que quedó suprimido. (125)

(122) Martínez Atanasio. Curso de Derecho Comercial Tomo II. Editorial Ecyta pág. 321 y sigs.

(123) Rivarola A. Mario. Tratado de Derecho Comercial Argentino Tomo II. Compañía Argentina de Editores 1938 B. A. Pág. 345 y sigs.

(124) Martínez Atanasio. Curso de Derecho Comercial Tomo II Editorial Ecyta. pág. 321 y sigs.

(125) Rivarola Mario Tomo II. Compañía Argentina de Editores 1938 B. A. pág. 345 y sigs.

Este tipo de sociedades mercantiles es del que tiene la ley el concepto menos preciso, y es también el que con carácter más indefinido se presenta en los hechos, porque reúne la totalidad de los rasgos que son comunes a las demás sociedades, ello no quita sin embargo, que sea una forma usual y frecuente de la vinculación jurídica que caracteriza la sociedad en cuanto dos o más personas se obligan cada una con una prestación, con el fin de obtener alguna utilidad apreciable en dinero por el empleo que hicieron de lo aportado, y para dividir su utilidad "Código Civil art. 1648" (126)

Lo que caracteriza a la sociedad en participación es ante todo, el animus de quienes la constituyen, el objeto determinado para el cual la sociedad se contrae, y su carácter transitorio, en cuanto nace dura y termina con el fin u objeto que la motivó. (127)

El objeto de la sociedad en participación es, como queda dicho, simultáneo con la existencia de la misma, por el artículo 395 se forma "para una o más operaciones de comercio determinadas y transitorias" quizá pudiera decirse que esta es la característica peculiar o exclusiva de este tipo de sociedades. (128)

Habiendo sido suprimido el artículo 447, por motivo de la Reforma de 1889 la sociedad en participación quedó sometida a las reglas del Código de Comercio, y se caracteriza por su objeto, cualquiera que sea la calidad de las partes que intervengan en el contrato mediante el cual se constituye, personas comerciantes, no comerciantes, singulares, sociedades civiles o comerciantes de cualquier naturaleza, inclusive las anónimas pueden ser partes y socios como sujetos de derecho. En la sociedad accidental o en participación que sea, siempre será mercantil, de acuerdo con el artículo 8 inciso II del Código de Comercio Argentino. (129)

La sociedad accidental o en participación es, pues estrictamente consensual, y por disposición expresa de la ley, está despojada de los requisitos que transforman el contrato en un acto formal. (130)

La sociedad accidental o en participación tiene un capital constituido por el aporte de los socios, aunque por el régimen legal establecido por los artículos 395 y siguientes del Código de Comercio Argentino, el negocio se conduzca por un socio, y los terceros, en caso de quiebra del socio gestor, pueden saldar todas las cuentas que con él tuvieron, aunque estén abiertas bajo distintas designaciones, con los fondos pertenecientes a cualquiera de esas cuentas. (Artículo 401). Pero de esta facultad del tercero establecida por el artículo citado, resulta, también que puede ocurrir que, siendo varios los socios gestores, el que no ha quebrado, tenga fondos sociales en los que corresponda una participación al socio fallido.

A este respecto el artículo 398, dispone si los terceros acreedores no tienen derecho contra los demás socios, aún cuando el negocio se hubiese convertido en su provecho, ni aún la parte que les correspondiera de la sociedad, tampoco lo tiene la masa de acreedores, si los fondos sociales o la parte de los beneficios se encuentra en poder del socio gestor: lo que no puede uno singularmente, tampoco podrá reconocerse en favor de todos en conjunto.

(126) *Ibldem.*

(127) *Ibldem.*

(128) *Ibldem.*

(129) *Ibldem.*

(130) *Ibldem.*

El artículo 402 del Código de Comercio Argentino -- dispone, "la liquidación de esta sociedad se hará por el mismo socio que hubiese dirigido la negociación, desde luego que esta se halle terminada, debe rendir la cuenta de sus resultados, con los comprobantes respectivos, nada dice la ley para el otro caso respecto de la gestión de negocios sociales, está previsto en la misma, es decir, cuando hay más de un socio gestor, o lo son indistintamente, según la estipulación del contrato. Es lógico que así ocurre, cada socio gestor deberá rendir cuenta de las operaciones que ha administrado o tenido a su cargo, de modo que se -- tratarla de una liquidación recíproca de cuentas entre los socios; pero si los socios gestores por contrato han debido actuar conjuntamente, sean dos o más, es también indudable que la obligación de ellos será solidaria con respecto a los socios meramente participantes y no gestores, siguiendo al principio de la solidaridad en las relaciones comerciales, y la divisibilidad de la deuda entre los coobligados solidariamente.

EL DERECHO ITALIANO.

C) ITALIA.

El C. Co. It. de 1882, previene que existe asociación en participación, cuando un comerciante o una sociedad comercial confiere, sea a una o varias personas, sea a una sociedad, una parte de los beneficios o de las pérdidas de una o varias operaciones o del total de la negociación.

A través del contenido de los arts. 233 a 238 se regulaba esta institución. Actualmente la asociación en participación, está reglamentada con la misma denominación en el nuevo C. Civ. de 1942, en el cual se establece que "por el contrato de asociación en participación, el asociante atribuye al asociado una participación en las utilidades de su empresa o de uno o varios negocios contra la prestación de una aportación determinada". (Art. 2549)

GAY DE MONTELLA (131), considera que según la jurisprudencia italiana, los caracteres que distinguen a la asociación en participación son: no tener individualidad propia frente a terceros y no poseer razón social, estando representada sólo por el socio visto (socio palese), de aquí se deriva el carácter oculto, peculiar de esta Institución.

Para VIVANTE (132), es una forma impropia de sociedad por la cual una persona toma parte en los negocios comerciales de otra, aumentando la potencialidad financiera de aquella con el aporte de sus bienes o de sus obras, para dividir con ella las utilidades y las pérdidas en los negocios realizados en el interés común; generalmente esta asociación tiene una vida breve y se refiere a operaciones determinadas.

(2549) Op. cit. pág. 751

(131) RIPERT, op. cit., pág. 158.

(132) Op. cit., pág. 533.

En el Derecho Italiano, se hablaba expresamente, que la asociación en participación se podía aplicar a las operaciones comerciales realizadas por personas que no tenían la calidad de comerciantes. Así lo preceptuaba el art. 234, al decir que "la asociación en participación, puede tener lugar también en cuanto a las operaciones comerciales hechas por los no comerciantes". El ordenamiento vigente, en cambio, vemos que no hace mención a la calidad de los comerciantes o de las personas que intervienen en la participación.

La asociación queda exenta de las formalidades y en especial de la publicidad prescrita para la regular constitución de una sociedad; es suficiente para que la asociación pueda probarse, la existencia de documento escrito, - en vista de los grandes intereses que a menudo dependen de ella, más ello no significa que el secreto sea un elemento esencial para salvar al asociado de la responsabilidad.

(50)

Respecto a las relaciones internas de los asociados, están reguladas en los arts. 2550 a 2553.

El asociante, salvo pacto en contrario, no puede -- atribuir participaciones para la misma empresa o el mismo negocio a otras personas sin el consentimiento de los demás asociados. (2550)

Los terceros adquieren derechos y asumen obligaciones únicamente respecto del asociante. (art. 2551)

(50) Tratado de Derecho Mercantil, Edit. REUS, trad. esp. t. II Madrid, 1932, pág. 140 y sigs.

(2550) VIVANTE, op. cit. pág. 140 y sigs.

(2551) Lorenzo Mossa, Diritto Commerciale, Edit. Società Libreria, t. I. Milán, 1937, pág. 211 y sigs.

La gestión de la empresa o del negocio, compete al asociante y en el contrato se pueden determinar los derechos de fiscalización que se confieren al asociado, quien tiene siempre el derecho de obtener una rendición de cuentas al terminarse el negocio o anualmente si la participación dura más de un año. (art. 2552)

El asociado contribuye a las pérdidas en los beneficios, pero las pérdidas del asociado no podrán ser superiores al valor de su aportación. (art. 2553)

El asociado tiene dos derechos fundamentales: a) rendición de cuentas y b) de control. Este último, puede hacerse valer durante el ejercicio social, pero no directamente, sino pidiendo rendiciones periódicas de cuentas.

(51)

Las aportaciones pueden ser: en dinero, otros bienes y aún en industria.

La participación en las ganancias se mide en proporción al valor de la empresa y la actividad de su titular; así mismo, se mide la participación de las pérdidas. Esta participación es generalmente limitada y no va más allá de la aportación conferida. El asociado está obligado a restituir las ganancias y cuotas ilegítimamente percibidas. (52)

La asociación en participación, generalmente se disuelve por la expiración del plazo convenido; si no hay plazo, por renuncia; pudiendo también terminar por voluntad unilateral de las partes, limitada por la buena fe.

(2552) Mossa, op. cit. págs. 211 y sigs.

(2553) *Ibidem*.

(51) *Ibidem*.

(52) *Ibidem*.

No termina por las vicisitudes personales del asociado, tampoco se disuelve por la muerte del asociante si la empresa continúa. Termina por regla general, debido a la quiebra del asociante y aún la del asociado, ya que ambas son incompatibles con el funcionamiento normal de la asociación, así mismo por imposibilidad de realizar el fin de la participación y en general por justos motivos sobrevivientes o que se descubran. (53)

SUS ANTECEDENTES EN EL CAMPO

JURIDICO EN MEXICO.

C) Durante la Colonia, rigieron en la Nueva España diversos ordenamientos españoles, siendo los principales las ordenanzas de Bilbao, las de Burgos, y las de Sevilla, pudiendo agregarse las del Consulado de la Universidad de Mercaderes el de la Nueva España, habiendo tenido estos últimos el carácter de supletorios respecto de los de Burgos y Sevilla, aunque en práctica los que siempre se aplicaron fueron los de Bilbao. (133)

Barrera Graf (134), al referirse a la importancia que tuvieron las ordenanzas de Bilbao, expresa que tuvieron vigencia y aplicación en México, hasta la promulgación del Código de Comercio de 1884.

En dichas ordenanzas, no están claramente establecidos los caracteres de la asociación en participación, en efecto, el capítulo X, al hablar de las compañías en general, en su apartado 14 estatuye: que el compañero que solamente puso por capital de su compañía, su nueva industria, será visto en las ganancias que de ella resultaren hasta su conclusión, estarán sujetos a las pérdidas que acaecieron; por si alguno pusiera parte del caudal, juntamente con la industria, el todo estará sujeto a la prorata de las mermas o pérdidas que sucedieran, así también, en el apartado 40. del capítulo XI se expresa: "y porque acontece que al comprar o vender porción de mercancías hace cabeza y concluye el negocio uno, y después se dividen los géneros en otros; en este caso se ordena y manda que se haya de estar a la razón de los que de una y otra parte hicieron el tal negocio para el cotejo en caso de diferencia con el libro del corredor, sin que sirva a la de los demás interesados en la hacienda".

(133) Mantilla Molina, op. cit. pág. 12.

(134) Op. cit. pág. 62.

Código de Comercio de 1854, el primer Código de Comercio Mexicano que reguló tanto el Comercio Terrestre como el Marítimo, fue publicado en 1854 y entró en vigor durante el último gobierno de Santa Ana. Se le conoció como "Código de Lares" (135), este ordenamiento no tuvo una aplicación continua reglamentó a la Asociación en Participación en el Libro II, Sección V, bajo el rubro de Sociedad Accidental o Cuentas en Participación, estableciendo en el artículo conducente lo siguiente: "artículo 265 la Ley admite las compañías mercantiles en participación".

El legislador insertó dentro del género "Sociedades a las asociaciones en participación, criterio este que se encuentra robustecido por la circunstancia de estar incluido el precepto en análisis, dentro de la sección IV que trata "de las compañías de comercio".

"Artículo 266 estas compañías no están sujetas a ninguna de las solemnidades antes referidas, y tiene lugar para los efectos, según la forma, y con las proporciones de interés y condiciones estipuladas entre los participantes" (252), esto es, que se le da libertad en cuanto a su forma para constituirse, y no están sujetos a las formalidades de las demás compañías, y deja en libertad también a las partes para condicionar sus relaciones entre sí.

Artículo 267 de la responsabilidad de estas compañías pesa exclusivamente sobre el comerciante que las dirige, en su nombre particular, así como solo en él reconoce la ley personalidad para intentar cualquier acción contra los extraños en la sociedad, de donde se desprende que el único responsable es el dueño de la empresa además de ser el encargado de manejar los asuntos de la compañía así como el único responsable frente a terceros.

(135) Barrera Graf op. cit. pág. 79.

Este Código no reglamentó debidamente a la Asociación en Participación, debido tal vez a la consideración que de ella hacía como verdadera sociedad, solo se concretó a la libertad para estipular sus relaciones internas.

Código de Comercio de 1884. Este Código constituyó un progreso evidente, respecto al ordenamiento anterior.

Así tenemos que en su artículo 355 clasificaba a las sociedades mercantiles en tres tipos: Sociedad en Nombre Colectivo, en Comandita y Anónima.

Aparentemente no sometió a la Asociación en Participación al régimen general de las sociedades, más sin embargo en su artículo 237 establece que "las asociaciones particulares llamadas negocios en participación, son aquellas en que dos o más individuos se asocian para hacer solamente una o varias operaciones mercantiles determinadas con anterioridad, y que sólo deben de durar el tiempo necesario para su explotación".

En este cuerpo de Leyes, vemos que consideraba a la asociación en participación tácitamente como una verdadera sociedad aplicada solo para determinadas operaciones de comercio y precisando además su duración, admite los casos en que los negocios abarquen una empresa total.

El artículo 650 expresa por su parte que: son asociaciones en participación las sociedades formadas entre dos o más personas, de las que cuando menos una es comerciante, y que se establecen sin los requisitos y formalidades legales, con el objeto de hacer uno o más negocios determinados".

En este precepto, vemos que se exige la calidad de comerciante, cuando menos uno, de los que participan en la asociación, así mismo, libera a esta de los requisitos y formalidades legales, que además a las otras sociedades son exigidos, esta asociación puede formarse ya sea por palabra, convenio privado, correspondencia o por escritura pública, y durar lo necesario, para realizar el negocio o negocios determinados que sean objeto de la misma. (artículo 621)

En cuanto a su prueba se admitan, los mismos medios establecidos para los negocios comunes, así como -- las modificaciones que se introduzcan en ella, después de su formación.

La asociación en participación es particular entre los socios; no tiene publicidad alguna ni razón social, ni existe fondo común.

Los socios pueden proceder en la parte que les corresponda, en nombre propio y bajo su responsabilidad -- personal conservando la propiedad de los bienes con que contribuyen cuando alguno de los partícipes fuese encargado de la administración, ejecutará todas las operaciones a su nombre y bajo su responsabilidad el socio director de las operaciones, deberá tener en su poder los bienes objeto de la participación. (artículo 623)

Respecto a las relaciones entre los socios, producen efecto los derechos y obligaciones que se estipulen y que no vayan en contra de la ley, a falta de pacto expreso, las cuestiones que surtan serán resueltas por las reglas generales de las compañías mercantiles y en especial por las sociedades colectivas. (art. 624)

En caso de quiebra de uno de los partícipes, el otro u otros quedarán considerados como acreedores pero sin preferencia alguna. (art. 625)

El socio gestor, es el único con personalidad frente a terceros y el único responsable; sus copartícipes sólo -- tienen la obligación de acudirle con la parte que les -- corresponda, si alguno no la entregara por insolvencia, los -- demás la cubrirán en proporción al interés que representan, pudiendo llegar a exigir el pago al socio insolvente si este dejase de serlo. (art. 626)

El socio o socios encargados de la o de las operaciones relativas a la asociación, tienen la obligación de efectuarlas procurando llevarlas a buen término, liquidarlas y presentar las cuentas con su comprobación correspondiente. (art. 627)

No es necesaria una contabilidad particular, si la asociación en participación es de poca duración, o entre comerciantes que lleven cuentas entre sí, sólo cuando por su importancia, duración de otros motivos fuese necesario, se abra una cuenta especial. (art. 628)

Código de Comercio de 1890.- En el cual en su título segundo, capítulo primero, después de tratar lo relativo a diferentes especies de sociedades mercantiles (art. 89), reconoce a las asociaciones momentáneas y en participación (art. 92), a las que no atribuye personalidad jurídica distinta a las de los asociados, no estando sujetas a ninguna formalidad externa, pudiéndose probar por los medios establecidos por el derecho común (art. 98), y no están además, sujetas a la inscripción del Registro Público del Comercio, según se desprende del artículo 99.

Este ordenamiento introdujo una innovación al dividir a las asociaciones comerciales en momentáneas y en participación (art. 238), definiendo a la primera, aquellas - que tienen por objeto, tratar sin razón social una o varias operaciones de comercio determinadas, estando los socios - obligados solidariamente con los terceros con quienes contratan (art. 269), y a las segundas, como aquellas en las cuales se interesan dos o más personas en una o varias operaciones que tratan en su propio nombre, siempre que éstas constituyan una sola entidad jurídica, no habiendo entre - los terceros y los asociados que no contratan, ninguna acción directa (art. 270).

Finalmente, en su artículo 271 expresa que las "asociaciones momentáneas y en participación tienen lugar entre los asociados para los objetos, en las formas, con las proporciones de interés y condiciones que ellos estimen -- convenientes".

La Ley de Sociedades Mercantiles, en su artículo -- 252 no hace la diferenciación que hacía el ordenamiento de 1890 de las sociedades momentáneas y asociación en participación, define a éstas últimas, como contratos por los cuales una persona concede a otras que le aporten bienes o -- servicios, una participación en las utilidades y en las -- pérdidas de una negociación mercantil o de una o varias -- operaciones de comercio.

Esta Ley, al igual que el Código de Comercio de -- 1890, les niega personalidad jurídica así como razón o de nominación social (art. 253), les priva de formalidades, como lo venían haciendo los Códigos anteriores (1854-1884-1890), al no sujetarlas a registro, incluyendo como único requisito el que consten por escrito (art. 254).

La libertad para pactar que observamos en los anteriores Códigos para las partes, en cuanto a fijar los términos, proporciones de intereses y demás condiciones que se estipulan, está expresada en el art. 255.

El asociante deberá obrar en nombre propio y no habrá relación jurídica entre los terceros y los asociados, por lo tanto, es aquel el único responsable de la empresa o de las operaciones en particular así como frente a terceros (art. 26), respecto a los terceros, los bienes aportados pertenecen al asociante, a no ser que se estipule lo contrario, inscribiéndose la cláusula en el Registro Público de Comercio, cuando la estipulación no haya sido registrada, surtirá efecto, si se prueba, que el tercero tenía o debía tener conocimiento de ella. (art. 257)

La distribución de pérdidas y ganancias, si no existe pacto al respecto, deberá sujetarse a lo establecido por el artículo 16 de esta Ley.

Pero de las pérdidas que correspondan a los asociados no podrán exceder del valor de su aportación (art. 258), por lo que toca al funcionamiento, disolución y liquidación de la asociación en participación el art. 259 establece que, en aquellos casos en que falten las estipulaciones especiales que la reglamentan, se regirá entonces por las normas establecidas para la sociedad en nombre colectivo, siempre y cuando no pugnen con las disposiciones de este capítulo.

Como hemos visto del breve estudio hecho sobre la aplicación en el campo jurídico en México de la asociación en participación a partir de la colonia, hasta la fecha, podemos concluir que ésta ha sido aceptada y reglamentada por sus diversos ordenamientos.

(C.C.) Dicho artículo 16 establece "en el reparto de ganancias o pérdidas se observarán salvo pacto en contrario las reglas siguientes: 1.- La distribución de las ganancias o pérdidas entre los socios capitalistas se hará proporcionalmente a sus aportaciones. 2.- Al socio industrial corresponderá la mitad de las ganancias, y si fueran varios, esta mitad se dividirá entre ellos por igual y 3.- Socio o socios industriales no reportarán las pérdidas.

(C.C.) Dicho artículo 16 establece "en el reparto de ganancias o pérdidas se observarán salvo pacto en contrario las reglas siguientes: 1.- La distribución de las ganancias o pérdidas entre los socios capitalistas se hará proporcionalmente a sus aportaciones. 2.- Al socio industrial corresponderá la mitad de las ganancias, y si fueran varios, ésta mitad se dividirá entre ellos por igual y 3.- Socio o socios industriales no reportarán las pérdidas.

C O N C L U S I O N E S .

- 1.- Es necesario citar en primer término a "La Asociación en Participación como la Institución que trata de la reunión de dos o más personas, que unen sus esfuerzos u aportaciones o ambas para la consecución de un fin".
- 2.- Considero que la naturaleza jurídica de la Asociación en Participación es muy compleja.
- 3.- Pienso que la teoría del contrato no es suficiente para explicar a la Asociación en Participación.
- 4.- Creo que nuestra legislación no la ha regulado debidamente.
- 5.- Infiero que la Constitución de la Asociación no es compleja.
- 6.- Considero que la Institución de la Asociación en Participación debe estructurarse con nuevas bases.

B I B L I O G R A F I A .

- ALVAREZ DEL MANZANO, Faustino.- *Tratado de Derecho Mercantil Español Comparado con el Extranjero*, Edit. BOSCH, t. II, Madrid, 1916.
- ASCARELLI, Tulio.- *Sociedades y Asociaciones Comerciales*, - Edit. EDIAR, trad. esp., Buenos Aires, 1947.
- BARRERA Graf, Jorge.- *Tratado de Derecho Mercantil*, Edit. Por
rta, t. I, México, 1957.
- BENITO, Lorenzo de.- *Manual de Derecho Mercantil Español*, - Edit. BOSCH, Madrid, 1929.
- BRUNETTI, Antonio.- *Tratado del Diritto delle Società*. Edit. A. Giuffrè, Milán, 1946, t. I.
- CARSELLI, Oscar.- *L Associazione in Partecipazione*, Edit. - CEDAM, Padua, 1930.
- COSACK, Konrad.- *Tratado de Derecho Mercantil*, Edit. Rev. - Dcho. Priv. trad. esp., Madrid, 1935.
- ENCICLOPEDIA UNIVERSAL ILUSTRADA.- Edit. España-Calpe, t. VI, Barcelona, s/f.
- ESTEVA Ruiz, Roberto A.- *Curso de Sociedades Mercantiles a - Instituciones de Crédito*, Apuntes mimeográficos, s/f.
- GARRIGUES, Joaquín.- *Curso de Derecho Mercantil*, Edit. Rev. Dcho. Priv. Madrid, 1936.
Instituciones de Derecho Mercantil, Edit. Aguirre To
rres, 5a. ed., Madrid, 1953.
- GAY DE MONTELLA, Rafael.- *Código de Comercio Comentado*, Edit. BOSCH, t. II, Barcelona, 1936.
- GRANDI, Salvatore Giovanni.- *L Associazione in Partecipazione*, Edit. Dott. Francesco Vallardi, Milán, 1939.
- IGLESIAS, Juan.- *Derecho Romano, Instituciones de Derecho -- Privado* Edit. ARIEL, 2a. ed., Vol. II, Barcelona, - 1953.
- LANGLE y Rubio, Emilio.- *Manual de Derecho Mercantil Español*, Edit. BOSCH, t. I, Barcelona, 1950.
- MALAGARRIGA, Carlos.- *Tratado Elemental de Derecho Comercial*, Edit. TEA, 1a. parte, t. I, Buenos Aires, 1951.

- MANTILLA Molina, Roberto L.- *Derecho Mercantil*, Edit. Porrúa, 4a. ed., México, 1959.
- MARTINEZ Atanasio.- *Curso de Derecho Comercial*, Editorial - E.C.V.L.E.
- MAZZERA ALVAREZ, Rodolfo.- *Curso de Derecho Comercial*, Edit. Medina, 2a. ed., t. II, Montevideo, 1952.
- MESSINEO, Francesco.- *Manual de Derecho Civil y Comercial*, - Edit. EJEA, trad. esp., ts. I y IV, Buenos Aires, - 1955.
- MOSSA, Lorenzo.- *Diritto Commerciale*, Edit. Società Libreria, t. - I, Milán 1937.
- PARDESSUS, J. M.- *Cours de Droit Commercial*, Edit. Cour de Ca - sation, 5a. ed., t. IV, París, 1841.
- PETIT, Eugène.- *Tratado Elemental de Derecho Romano*, trad. - esp. Edit. Nacional, México, 1953.
- PLANIOL, Marcel.- *Traité Elementaire de Droit Civil*, Edit. - R., Pichón, 2a. ed., t. II. París, 1947.
- PLANIOL y RIPERT.- *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*, Edit. Cultural, trad. esp., t. XI, Habana, 1946.
- POTHIER, R. J.- *Traité de Droit Français*, Edit. Pichón-Be - chet, t. III, París, 1927.
- RAVA, Tito.- *Associazione in Partecipazione e Società Irrego - lare*, Edit. A. Giuffrè Milán, 1938.
- RIPERT, Georges.- *Tratado Elemental de Derecho Comercial*, -- Edit. TEABA trad. esp., t. II, BUENOS AIRES, 1954.
- RIVAROLA, A. Mario.- *Tratado de Derecho Comercial Argentino* Tomo II, Compañía Argentina de Editores, 1938. B. A.
- RODRIGUEZ y Rodríguez, Joaquín.- *Curso de Derecho Mercantil*, Edit. Porrúa, t. I, México, 1957.
- ROGRÓN, J. A.- *Code de Commerce Expliqué*, 3a. ed., París. - 1881..
- ROJINA Villegas, Rafael.- *Derecho Civil Mexicano*, Edit. Ro-- bledo, t. VI, vol. II. México, 1954.
- SCIALOJA, Antonio.- *Saggi di Storia del Diritto Marittimo*, - Edit. Foro Italiano, Roma, 1946.

- SOLA DE CANIZARES, Felipe.- *El Contrato de Participación en el Derecho Español y en el Derecho Comparado*, Edit. Rev. Dcho. Priv., Madrid, 1954.
- SOHM, Rodolfo.- *Instituciones de Derecho Privado Romano*, -- Edit. Gráfica Panamericana, trad. esp., México, 1951.
- TROPLONG, M.- *Contrat de Société Civile et Commerciale*, Edit. Charles Hingray, t. I. Paris, 1843.
- VIDARI, E.- *Corso di Diritto Commerciale*, Edit. Hoepli, 4a. ed, vol. II, Milán, 1894.
- VIVANTE, César.- *Tratado de Derecho Mercantil*, Edit. REUS, - trad. esp., t. II, 1a. ed. Madrid, 1932.

LEGISLACION CONSULTADA

Código Civil vigente.
Código de Comercio de 1854.
Código de Comercio de 1884.
Código de Comercio de 1890.
Corpus Juris Secundum.
Ley General de Sociedades Mercantiles.
Ordenanzas de Bilbao.

OTRA OBRA CONSULTADA

Tratado de Derecho Mercantil. Edición Reus.- Trad. esp.