

382
258



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES

“ ARAGON ”

“La Conveniencia de Adecuar el Marco
Legal Vigente de la Asociación en Participación”

TESIS PROFESIONAL

Que para obtener el Título de:

LICENCIADO EN DERECHO

Presenta:

JUAN MANUEL SOTO CONTRERAS

San Juan de Aragón, Estado de México 1993

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

**"La Conveniencia de Adecuar el Marco Legal vigente de la
Asociación en Participación.**

INDICE

INTRODUCCION	v
CAPITULO PRIMERO: LA ASOCIACION EN PARTICIPACION.	
GENESIS HISTORICA	1
a).- En Europa	1
b).- En México	13
CAPITULO SEGUNDO:	
ASPECTO LEGAL	16
a).- Naturaleza Jurídica de la Asociación en Participación	18
b).- Asociación en Participación como Sociedad Doctrinas en Pro y en Contra	20
CAPITULO TERCERO:	
EL CONTRATO DE ASOCIACION EN PARTICIPACION	28
a).- Contenido del Contrato	28
1.- Relaciones Jurídicas Internas	29
2.- Relaciones Jurídicas Externas	40
b).- Elementos del Contrato Mercantil (Asociación en Participación)	48
1.- Personales	48
2.- Reales	52
3.- Formales	56

IV

c).- Extinción del Contrato de Asociación en Participación.	59
1.- Causas de la Extinción	59
2.- Efectos de la Extinción	61
CAPITULO CUARTO:	
LA QUIEBRA	63
a).- Quiebra y Propiedad de los Bienes en la Asociación en Participación	63
b).- La Liquidación de la Asociación en Participación	68
CONCLUSIONES	73
BIBLIOGRAFIA	81

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

La ley contiene un amplio continente de disposiciones generales, las cuales no son nuevas en su totalidad, es por ello que en el amplio campo de la práctica profesional, periódicamente se nos presentan problemas nuevos que hay que afrontar y resolver con la ley en la mano, como es el caso que nos ocupa de la presente exposición.

En efecto, no obstante que el Contrato de Asociación en Participación, es una institución cuyos orígenes se remontan a la Edad Media y que sigue vigente hasta nuestros días, como es bien sabido, está regulada muy defectuosamente en la Ley General de Sociedades Mercantiles, en su Capítulo XIII; por lo que el estudio a realizar sobre este contrato se determina que siendo la Asociación en Participación, un contrato de más frecuente uso en el tráfico comercial y dada la confusión que por su complejidad ha originado, siempre es necesario que su concepto se libere de equívocos, llenando en forma más acertada las lagunas de su reglamentación, por lo que perfectamente definida, tanto en la doctrina como en la legislación extranjera, nos preocupamos por su correcta reglamentación.

Creemos, sin embargo, y esperamos que ello provoque inquietudes en el estudiante de derecho, que este modesto trabajo,

CAPITULO PRIMERO
GENESIS HISTORICA

En Europa:

Todos los autores coinciden en que el origen del Contrato de Asociación en Participación (o de Cuentas en Participación, como lo llaman), está en el Contrato Medieval de "Commenda", que significa encomienda o encargo.

En efecto, es en la Edad Media cuando nacen, no solamente el Derecho Mercantil con sus normas características, sino también muchas de las instituciones actuales, tales como la Letra de Cambio, las Sociedades Mercantiles, el Registro de Comercio, la Asociación en Participación, etc.

Felipe De J. Tena¹, describe claramente el inicio y las particularidades de la Edad Media: "Derrumbado el Imperio Romano de Occidente y durante la Era de las Invasiones, la anarquía más espantosa se enseñoreó de Europa, y si bien el genio de Carlomagno logró restablecer algún orden social, éste no sobrevivió a su autor, y pronto el feudalismo, con su régimen basado exclusivamente sobre la propiedad territorial y con sus pequeñas y numerosas soberanías, recelosas u hostiles entre sí, fue un nuevo obstáculo para todo linaje de progreso en el orden industrial y mercantil. Pero vino más

¹ DERECHO MERCANTIL MEXICANO. Edit. Porrúa, S.A. Ed. décima, México, D.F. 1980. pág. 25.

VI

pueda prestar un buen servicio a quienes desean ampliar más sus conocimientos en el Derecho Mercantil que, aparte de facilitar una visión panorámica de esta realidad jurídica nacional, les coloque en condiciones favorables para abordar, después, con más profundidad, los variadísimos e importantes temas que corresponden a esta disciplina.

Concluyendo pues, que precisamente por la noción tan vaga y muchas veces equivocada, que sobre la Asociación en Participación prevalece en nuestra esfera jurídica, es de imperiosa necesidad reglamentarse en una forma más amplia, minuciosa y particular en el marco legal vigente correspondiente.

tarde el colosal movimiento de Las Cruzadas, "Desplome gigantesco del Occidente sobre el Oriente, "abriéndose después la era gloriosa de los municipios y el mundo contempló con asombro el renacimiento más admirable del comercio".

Y es precisamente, cuando el comercio se intensifica y cuando se inicia el debilitamiento y desaparición del feudalismo, cuando aparece el Contrato de "Commenda", origen del actual Contrato de Asociación de Participación: Los señores feudales, los militares, los magistrados y el clero, tienen grandes capitales acumulados que desean invertir; pero no tienen intención de hacerlo directamente, mezclándose ellos con el tráfico mercantil y esto los obliga a planear un contrato de "Encargo" (Commenda), por medio del cual, entregaban sus capitales con fines comerciales, pero permaneciendo oculta ante terceros esta entrega o relación comercial.

Podemos decir que la "Commenda", era un contrato por medio del cual, una persona llamada "Commendator" entregaba a otra, llamada "Commendatarius", dinero u otros bienes para que los empleara en negocios mercantiles y repartirse las utilidades que de ellos se obtuvieran. Este contrato tuvo dos modalidades principales:

1.- Cuando el "Commendatarius" o gestor del negocio también aportaba bienes personales, con lo cual se formaba un patrimonio social, afecto a las operaciones del contrato, y se oponía éste con existencia social propia, frente a terceros.

A esta modalidad se le llamó "Commenda Bilateral" y es el origen de la actual sociedad en Comandita simple.

2.- Cuando el "commendatarius" no aportaba bienes propios y sólo era el gestor de los negocios; en este caso no existía un patrimonio social y el contrato no se oponía con existencia social propia, frente a terceros. Este es el origen de la actual asociación en participación.

Ahora, en el mismo orden de ideas, Lorenzo Benito², señala al respecto: "El Jurista Lastig, en el Manual de Endemnan, establece el antecedente añejo de este contrato. Dice, que si en el mundo romano no pudo adquirir gran desarrollo (no sólo por el efecto de la "Patria Et Dominica Potestas", y sobre todo para la costumbre de ejercitar el comercio por medio de personas interpuestas), en la época siguiente, o sea en la Edad Media, así como en la actual, ocurre todo lo contrario, además, la ventaja principal de la sociedad tácita, respecto de las sociedades ordinarias, y más especialmente respecto de la sociedad de nombre colectivo (el hecho en suma, de que el socio tácito no fungiere frente a los que contratan con su compañero) formaba en el Derecho Romano la regla general. De aquí que faltara el principal impulso para que se concediese, desde el punto de vista jurídico, a la sociedad de "Capital Unilateral" tanta atención como se la consagra en la época presente "Contribuyeron a ello como dice el propio autor, el Derecho Romano y el derecho canónico, actuando uno y otro con diversos criterios, con idénticos resultados".

² MANUAL DE DERECHO MERCANTIL PARTE ESPECIAL. Propiedad del autor. Ed. primera. Madrid, 1929. pág. 161.

Derecho Romano: La técnica estrictamente romanista de la época de los Glosadores, admitía, desde el punto de vista de la estructura interna tan solo, una especie de Sociedad Privada que fue llamada más adelante Sociedad Bilateral y los jueces más doctos la seguían en este concepto. Como consecuencia se sostenía obstinadamente, que el "Particeps" como cualquier otro socio, según el Derecho Consuetudinario Comercial, estaba obligado directa y solidariamente y también limitada o ilimitadamente (sobre este punto, las opiniones no estaban acordes), con los acreedores de la sociedad, y de aquí que la "Participatio" perdía su carácter principal: la no existencia del "Particeps" en las relaciones con los terceros.

Derecho Canónico: Prohibía toda usura, esto es, prohibía exigir recompensa alguna por el uso de un capital prestado a otra persona, y de aquí, entre otros actos jurídicos, también el mutuo o título oneroso. La doctrina canónica no llegó a incluir la "Participatio", no obstante su estrecho parentesco con el mutuo en la prohibición de la usura.

Se adoptó para ello la opinión de que ésta es una especie de sociedad, y precisamente la ya expresamente reconocida y admitida en el Derecho Romano, en la cual uno de los socios, (Particeps) aporta tan solo capital y el otro tan solo trabajo, o bien capital y trabajo conjuntamente. Aprovechando esta circunstancia a una gran cantidad de impulso de capitales, que bajo un régimen de libertad

comercial hubiera natural y jurídicamente, asumido la forma del mutuo, asumieron en su lugar abusivamente el aspecto de la "Participatio" o de tal sociedad, los partidarios de la usura admitieron esta clase de sociedad como pura y simple y en consecuencia impusieron al partícipe como al otro socio, la obligación solidaria frente a los acreedores sociales y además la prohibición de que la parte de ganancias incierta se convirtiera en un interés fijo sin participación en las pérdidas y con la devolución del capital a todo evento. Aun la sola participación en las ganancias se prohibió, y fue preciso que la opinión, primero, y los tribunales de comercio, después, abrieran un camino practicable para acabar con todo esto, afirmando que la "Participatio" no era una sociedad ordinaria, sino una forma especial de la sociedad, una "Societas Particularis" que surgiendo de la practica, esto es, del derecho consuetudinario no podía sujetarse a las normas derivadas del Derecho Romano.

Derecho Francés: Bajo este derecho, la Asociación en Participación, también es conocida durante la Edad Media y el mismo se refiere a ella como "una sociedad anónima" toda vez de que carece de nombre y por ende no es conocida por nadie, porque no interesa de manera alguna al público por inconcebible, por lo tanto, lo que se haga en la asociación no importa más que a los asociados, en razón al derecho de cada uno; no se obliga a ninguno con ningún tercero: El que obra es el único obligado y lo están solamente y

recíprocamente entre sí, sin tener en cuenta para nada la existencia de la sociedad".

Así mismo, este derecho divide o relaciona cuatro clases de Asociación en Participación:

- 1.- Las cuentas en participación en forma semejante a como en la actualidad se conciben.
- 2.- La que forman los comerciantes para evitar el alza del precio de alguna mercancía adquiriéndola en nombre propio y dividiéndola en la proporción previamente establecida.
- 3.- La Sociedad de Monopolio, si se ponen de acuerdo varios comerciantes para vender determinada mercancía a un precio que no sea menor del previamente designado en el convenio (en este caso no se habla de la repartición de ganancias).
- 4.- Acuerdo de varios comerciantes de comprar una mercancía en el extranjero para revenderla en la patria, asumiendo uno de ellos el encargo de terminar el negocio en su propio nombre, se le denomina "Solamente para una Compra". A estas tres últimas se les llama también "Sociedad Anónima o Momentánea".

Pero al surgir el Derecho Comercial como cuerpo de normas jurídicas, podemos con seguridad afirmar, tanto en el tráfico marítimo como el terrestre, los lineamientos precisos de la Asociación en Participación con diversa denominación y tratados como ya vimos.

Derecho Italiano: En sus comienzos, la Asociación en Participación, tendía a proporcionar ocupación a capitales de otra manera inactivos, y la milicia, la magistratura o el clero, que directamente no podían mezclarse en las operaciones de tráfico, intervenían en ella con el elemento real del dinero, pero adoptando una forma indirecta de participación, mostrándose ajenos en absoluto al "Dominus Negotii" en sus relaciones con terceros. Así se desarrolla la "Commenda" sin nacer una persona jurídica distinta del comerciante y del asociado, sin un fondo común, aun cuando realizando los dos fines del comercio, como lucro para ambos y aproximación de los productos al consumidor, surgiendo derechos y obligaciones entre los interesados en la participación, pero con exclusión de efectos jurídicos con relación al público. El asociado gestor, unas veces libremente y otras con las limitaciones impuestas por quien le entregaba el capital, dirigía el viaje marítimo y las operaciones comerciales, sin poder emplear el dinero recibido. Las cuentas se presentaban al finalizar el viaje, devolviéndose el capital y después de descontados los gastos, si había beneficios se repartían a prorrato y esta era para el gerente que sólo aportaba trabajo, una cuarta parte de la ganancia líquida. Encontramos también el "Contrato di Colonna" regulado en la Tabla Amalfitana, que era una Asociación en Participación entre el dueño del buque, los interesados en la carga y los tripulantes, es así pues, como tanto en el derecho marítimo como terrestre, se encuentran tipos de contratos de variada denominación, pero que en el fondo, son

verdaderas asociaciones de participación.

Derecho Español: En España también, pero aunque en forma imprecisa, se conoce la institución en estudio, a la que se le aplican varios nombres, siendo el más utilizado el de "contrato de mota", este contrato se refiere a las entregas hechas a un capitán de barco; con ellas se compra mercancía y se revende en diferentes puertos, repartiéndose al final del viaje las utilidades obtenidas, se entiende pues, que la expedición marítima se liquida al terminar el viaje redondo y la manera de liquidarse, es devolver a cada motista el capital que aportó con el aumento de los beneficios o de deducciones de las pérdidas que hayan resultado del viaje, o solamente devolviendo las ganancias y pérdidas pretendiéndose el capital para sucesivas expediciones, si el motista lo consiente.

De igual manera tenemos, idénticamente el Contrato de Participación "En Madera" y sin entrar en más detalles, diremos: Estasen³, señala que "la nave que navega con fondo expedicionario suele, por abstracción, considerarse dividida con los intereses que representa, en dos entidades a saber; I.- El buque propiamente dicho o sea, por otro nombre, la madera o casco, arboladura, jarcia, velamen, amarras, maniobras, respetos, embarcaciones menores, maquinaria, instrumentos y objetos destinados al servicio de la bodega, cámaras, cocina, etc.; y II.- El fondo expedicional.- Los

³ INSTITUCIONES DE DERECHO MERCANTIL. Edit. Reus, S.A. Ed. tercera. Madrid España, 1923. pág. 115 t. III.

gastos de entretenimiento, reparaciones y demás en puerto, corren a cargo del propietario o dueño del buque; en cambio los motistas no tienen que atender a gasto alguno especial de esta clase. Por esta causa, sin duda, era costumbre asignar a la madera tres quintas partes de los beneficios líquidos repartibles y resultantes de todas las operaciones hechas durante el viaje y solamente dos quintas partes restantes eran el proemio del capital empleado a cuenta de mota. Cuando no hay ganancias y sí pérdidas, el buque o sea la madera, nada gana; pero en cambio no contribuye a las pérdidas, las que soporta totalmente el fondo expedicional, o sea la mota.

Una y otra, son formas de antigua encomienda, como se ve, por lo que se ha transcrito, la mota aunque es una verdadera Asociación de Cuentas en Participación, es de carácter muy especial, ya que en algunos puntos la costumbre que la regula, difiere en parte de los preceptos del Código de Comercio, referentes a la asociación. Puede advertirse también que este contrato de mota, tiene grandes puntos de contacto con la antigua "Encomienda" que regulan, tanto "El Código de las Costumbres de Tortosa" como "El Consulado del Mar".

Derecho Alemán: La figura jurídica que en los países latinos recibe el nombre de "Commenda", en sentido amplio la encontramos también en Alemania e incluso debe haber desempeñado aquí, por lo menos en el norte, un papel más importante que en las tierras mediterráneas. El hecho de que sean precisamente las

ciudades de la costa, las que ofrecen el material de fuentes más copioso, no debe hacernos creer que la institución fuese utilizada en un principio, sólo en el tráfico marítimo, y que tan solo con posterioridad pasara a servir al comercio terrestre; pero objeto el autor Paul Rehme⁴ : "Que el hecho de que en los documentos utilizados (y que son cuando más, una pequeña parte de los que existen), no aparezca sino aquella primera forma de Commenda no es argumento concluyente, pues durante mucho tiempo el comercio del mar, fue el predominante y el material documental procede en su mayor parte de ciudades marítimas, aun evocando el sentido de la evolución histórica, se acomoda éste a la suposición contraria: la Commenda es una institución jurídica universal, lo cual se explica, por la simplicidad de su fundamento económico: La Asociación de Capital y Trabajo y en no pocos pueblos, la encontramos primero en el Comercio Interior". Sin embargo, no podemos afirmar que la institución alemana, haya sido tomada de la italiana. Son instituciones que por las necesidades económicas generales de los pueblos nacen simultánea o sucesivamente, pero muchas veces desconociendo la existencia de instituciones similares. Se conocen en Alemania dos especies de asociación: Aportación Unilateral de Capital (Commenda en sentido estricto), y Aportación por Ambas Partes (correspondiendo a la Collegantia), ambas formas son usadas en Alemania, pero la primera usase en el comercio del norte,

⁴ HISTORIA UNIVERSAL DE DERECHO MERCANTIL. Edit. Revistas de Derecho Privado. Madrid, 1941. pág. 82.

particularmente en el de Lubeck, en los Siglos XIV y XV; pero existía ya, como ha podido probarse en Wuestfalia (sin duda pasó a Lubeck con el restante derecho de este país) y era conocida, igualmente en Alemania Meridional. A la primera se le llamaba Sociedad de "Sendeve" y a la segunda de "Wudderleginge"; en el Contrato Alemán de la Sendeve, con participación de ganancias del socio actuante, lo mismo que en la "Accomodatio" latina, el derecho de la época concebía la relación jurídica como sociedad.

Derecho Comparado: Comprenden la naturaleza jurídica de las cuentas en participación como contrato sólo destinado a una o más operaciones aisladas conocidas de antemano y concretas: El Código Francés, Art. 82; el Argentino, Art. 395 y el Brasileño, Art. 235.

Puede extenderse a todo el comercio de un comerciante según el Código Italiano, Art. 223; el Código Alemán, Art. 335 y la Ley General de Sociedades Mercantiles Mexicana, Art. 252.

Incluye la asociación para una operación momentánea o para un acto aislado y la Asociación en Participación, la Ley Belga, el Código Español y nuestra Ley Mexicana.

La cosa entregada pasa a ser propiedad del asociante que opera en su nombre según el Código Italiano, Art. 236; el Brasileño, Art. 327; el Alemán, Art. 335, párrafo 1, y la Ley General de Sociedades Mercantiles Mexicana, Art. 257.

Entienden que los asociados necesitan ser comerciantes, por lo menos el que opera en su nombre, el Código Español, Art. 239; el

Código Brasileño, Art. 225 y el Portugués, Art. 235.

Remiten la Asociación en Participación entre cualquier clase de personas sin distinguir entre comerciantes y no comerciantes, la Ley Belga, Art. 107; el Código Italiano, Art. 234; y la Ley General de Sociedades Mercantiles Mexicana, Art. 252.

En cuanto a la forma del contrato, adoptan el criterio de completa libertad, el Código Español, Art. 240; el Código Brasileño, Art. 325; la Ley Belga, Art. 110; el Código Argentino, Art. 397; el Código Italiano, Art. 239; el Francés, Art. 49; no así la Ley General de Sociedades Mercantiles, en virtud de que el Artículo 254, señala que este contrato debe constar por escrito.

Por todo lo anteriormente expuesto, se determina que en el Derecho Romano de la época de los Glosadores y en el Canónico, no se tenía la noción de la asociación como más tarde se fue elaborando, ya que se le consideraba como sociedad, eliminando así la característica esencial de la asociación, o sea la no existencia del Particeps en las relaciones con terceros.

En el canónico no se le prohíbe expresamente, pero tampoco la sanciona. Es pues, en la Edad Media, en que el comercio empieza a adquirir gran importancia que se perfilan las instituciones comerciales que con más o menos evolución han llegado hasta nosotros, entre ellas la comanda Italia, que es el antecedente de la Asociación en Participación, como de la sociedad en Comandita, "Sociedad Anónima"; de Francia, los diversos contratos marítimos muy usados en las Costas de Levante, derivados de la antigua Encomienda

Española, y la Sendeve Alemana que con diversos nombres corresponde al mismo o parecido contenido.

En México:

Derecho Mexicano: El Derecho Mercantil en México, durante la época de la Colonia, fue propiamente el mismo que en España, con sólo algunas ligeras excepciones, entre las que podemos citar "Las Ordenanzas del Consulado de México, Universidad de Mercaderes de la Nueva España". Sin embargo, estas últimas ordenanzas citaban a las de Burgos y Sevilla como de aplicación supletoria; aunque en la práctica eran las que en realidad se aplicaban.

Fue entonces como en 1737, salen a la publicación las nuevas Ordenanzas de Bilbao, que teniendo una marcada superioridad sobre todas las anteriores, virtualmente son derogadas.

Las Ordenanzas de Bilbao, regulaban "La Asociación de Cuentas en Participación" en forma confusa, pero conservando las particularidades principales de la antigua "Commenda".

El México Independiente, usó todavía durante sus primeros años, las Ordenanzas de Bilbao; pero habiéndose publicado en España el Código de Comercio formulado por Don Pedro Sainz de Andino, surge la inquietud de mejorar también nuestro Derecho Mercantil; y fue así como en 1854, se promulga el primer Código de Comercio Mexicano, obra de Don Teodosio Lares.

Para la institución en estudio, este código fue de Relevante importancia, ya que la reguló con especial atención: la

considera diferente a las sociedades mercantiles, eximiéndola del Registro Público de Comercio y demás formalidades obligatorias para las sociedades; reglamenta precisamente las obligaciones y derechos entre el asociante (gestor) y los asociados, y principalmente, le niega la personalidad jurídica propia, haciendo recaer todas las obligaciones por los actos que se celebren, en la persona del asociante o gestor del negocio.

Sin embargo, la vigencia del Código de Lares fue efímera y es derogado al caer el Gobierno de Santa Anna, volviéndose a publicar las Ordenanzas de Bilbao.

Posteriormente, en 1884, se publica un nuevo Código de Comercio que también reglamenta el Contrato de Asociación en Participación, conservándose las disposiciones del Código de Lares y aumentándose algunas nuevas.

El Código de 1884 es revisado y reformado totalmente, debido a su deficiencia en materia bancaria; y el nuevo Código reformado se publica en 1889, para entrar en vigor el año siguiente; siendo el que hasta la fecha nos rige.

Lo más importante que puede comentarse del Código del 89, en relación con nuestro estudio, es el hecho de que considera la existencia de "Asociaciones Momentáneas" (una variante que puede tener toda Asociación en Participación), y las reglamenta como si se tratara de sociedades en nombre colectivo. Por lo demás conserva en esencia las disposiciones vigentes en los Códigos de 1854 y 1884.

Finalmente, en el año de 1934, y debido al gran desarrollo

que las instituciones mercantiles habían alcanzado, el Gobierno considera necesaria la modificación del Código de Comercio de 1889, sin embargo, esto no es posible en virtud de la gran variedad de materias tratadas dentro del Código, optándose mejor por expedir leyes especiales que regulen particularmente cada materia cuya reglamentación resulte ya inaplazable. Siendo pues así como se expide la Ley General de Sociedades Mercantiles, en la cual se incluye a la Asociación en Participación.

La inclusión de este contrato en la ley antes mencionada y que es la que en la actualidad nos rige, es justificada por la exposición de motivos respectiva, la cual reza lo siguiente:

"Las Asociaciones en Participación, como es bien sabido, están reguladas muy defectuosamente en el código. La ley, sin alterar la estructura de dichas asociaciones, perfectamente definida tanto en la doctrina como en la legislación extranjera, se preocupó por corregir las imperfecciones del código, por llenar sus más graves lagunas".

Posteriormente se tratará sobre la estructura jurídica actual del contrato en cuestión y sobre si es correcta o incorrecta su reglamentación dentro de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

CAPITULO SEGUNDO

ASPECTO LEGAL

El capítulo de referencia, tiene por objeto estudiar la estructura legal de la Asociación en Participación dentro de nuestro Derecho Mercantil Mexicano Vigente, y sobre todo la disparidad que existe con las sociedades mercantiles.

¿Qué es la Asociación de Participación?

Apegándonos a las exigencias legales, diremos que la Ley General de Sociedades Mercantiles en su artículo 252, la define de la siguiente manera: "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". La persona que concede a otras una participación en las utilidades y en las pérdidas de una negociación o de una o varias operaciones de comercio se llama ("asociante - gestor del negocio"); y las personas que aportan bienes o servicios para obtener una participación en las utilidades y en las pérdidas de los negocios del asociante se llaman ("asociados").

Ahora bien, la Asociación en Participación no tiene personalidad jurídica propia, por lo que por ende el asociante obra en nombre propio ante terceros, de acuerdo a lo rezado por los

artículos 253 y 256, de la ley en cita, diciendo que la Asociación en Participación, no tiene personalidad jurídica, ni razón social o denominación, y que el asociante, (gestor del negocio), deberá obrar en nombre propio y no habrá relación jurídica entre los terceros y los asociados (quienes aportan bienes o servicios).

Estos son los artículos que separan categóricamente a la Asociación en Participación de las Sociedades Mercantiles. Por lo que es la premisa mayor de todo lo que se refiere a este contrato, en virtud de que no teniendo personalidad jurídica, no siendo la Asociación un ente distinto de las personas de los asociados, es decir, persona moral, no puede tener los atributos de esta clase de personas: nombre o razón social, patrimonio propio, domicilio, etc.

No teniendo personalidad jurídica propia, no puede actuar frente a los terceros como persona moral.

Por su parte los artículos 254 y 255, del mismo ordenamiento legal antes invocado, se refiere a que el Contrato de Asociación en Participación, deberá constar por escrito, aunque sin estar sujeto a registro, y que obligara en sus términos al asociante y al asociado, esta exigencia de formalidad de dicha asociación, no existe en otros derechos, por lo que este requisito nuestro de un contrato escrito es común a las asociaciones y sociedades civiles (artículos 2671 y 2790, del Código Civil vigente para el Distrito Federal).

Así mismo, el artículo 257, establece que: "Respecto a terceros, los bienes aportados pertenecen en propiedad al asociante,

a no ser que por la naturaleza de la aportación fuere necesaria alguna otra formalidad, o que se estipule lo contrario y se inscriba la cláusula relativa en el registro público de comercio del lugar donde el asociante ejerce el comercio. Aun cuando la estipulación no haya sido registrada, surtirá sus efectos si se prueba que el tercero tenía o debía tener conocimiento de ella".

Los demás artículos relativos (258/259), del ordenamiento legal citado, hablan sobre la distribución de utilidades y pérdidas, además sobre la disolución y liquidación de la asociación.

Por lo antes expuesto, puede observarse que la legislación vigente contesta la pregunta relativa, a qué es la Asociación en Participación, dando además sus características legales. Pasando pues, a considerar que es esta la parte de la estructura legal que más debe interesar al abogado, en virtud de que el tratamiento y encuadramiento que se le diera a la institución, no sería igual si está fuera una sociedad, por lo que en este caso considero más adecuado exponer brevemente las doctrinas relativas a la asociación en participación como sociedad, tanto en pro como en contra, de acuerdo a su naturaleza jurídica.

a) Naturaleza jurídica de la Asociación en Participación.

Este punto ha sido tema de discusión para diferentes tratadistas señalando que tiene semejanzas con otros contratos pretendiendo negarle su autonomía, se ha sostenido y afirmado que es un mandato o comisión, un mutuo, un arrendamiento de obra, un

depósito y, sobre todo una sociedad, poniendo como bases principales aquellas que tienen algún punto de afinidad a la misma, haciendo caso omiso a las tajantes diferencias que obligan a cierta disparidad, tales como las siguientes:

A).- Teoría del Mandato: es de analizarse esta teoría y se destruye bastando observar que en este aspecto el mandatario obra únicamente por encargo y cuenta del mandante, en un negocio o acto de este último, mientras que en la asociación, el titular o sea el asociante actúa en negocio propio y por cuenta común.

B).- Teoría del Mutuo: en este sentido el préstamo no contiene un interés común de las partes, por lo que al mutuante no interesa el destino económico que de el mutuuario al capital prestado, en la Asociación en Participación, el partícipe tiene derechos de inspección o control y la obtención de la rendición de cuentas, cosa que no le asisten al prestamista.

C).- Teoría de Arrendamiento de Obra: en cuanto al punto en cuestión diremos que la Asociación en Participación nunca será un simple arrendamiento, por que de ser así, no podría afirmarse que el asociante titular adquiere la propiedad del capital conferido y dispone libremente de él para todas las operaciones de su tráfico, y en el mismo orden de ideas, no le interesaría al asociante los resultados prósperos o adversos de su explotación.

D).- Teoría del Depósito: Combatiendo esta teoría, diremos que la Asociación en Participación, no persigue fines de custodia.

E).- Teoría de la Sociedad: En este aspecto es claro que la Asociación en Participación, crea entre sus integrantes una relación de tipo asociativo, también se inclina por un fin lucrativo, hay beneficios y pérdidas en el negocio, no obstante lo anterior y apegándonos a las exigencias técnico-jurídicas, no se puede admitir que sea una sociedad toda vez que la Asociación en Participación, no tiene personalidad jurídica propia, ni tampoco está dotada de un patrimonio social común.

De las notas expuestas se infiere su naturaleza jurídica, la cual se pretende esclarecerse con la finalidad de diferenciarlo de las figuras contractuales afines e incluso para completar en caso de necesidad su régimen jurídico, en lo expresamente previsto en la ley. En este caso considero más adecuado exponer brevemente las doctrinas relativas a la Asociación en Participación como sociedad, tanto en pro como en contra, basándome para ello en las doctrinas existentes.

b) Asociación en Participación como sociedad, doctrinas en pro y en contra:

Si la Asociación en Participación es una sociedad o no, ha sido el punto que de este contrato, ha dado lugar a mayores discusiones. Esto se explica pues, de la conclusión a que se llegue

depende toda la reglamentación de la institución.

Es así que expondremos las opiniones y razones que los autores consultados emiten al respecto, en la que sin duda se nota la dirección del sistema legal a que cada uno de ellos se refiere, y así pues, tenemos a Georges Ripert⁵, que señala al respecto: "siempre ha estado fuera de duda que la Asociación en Participación es, a pesar de su denominación, una verdadera sociedad. La ley de 24 de junio de 1921 no se ha atrevido a abandonar la denominación tradicional, pero ha dicho que "las Asociaciones en Participación son sociedades cuya existencia no se revela a los terceros" (Art. 49, Parr. 1°). Esta forma de sociedad es la que se asemeja más a la sociedad del Derecho Romano. El contrato surte ciertos efectos entre los socios, pero no da lugar al nacimiento de una persona moral, y por lo tanto, no produce efecto alguno respecto de terceros, creando solamente obligaciones entre los contratantes.

Por su parte, Don Joaquín Garriguet⁶, español, opina al respecto: Que la Asociación no es una sociedad porque:

A).- No existe ningún patrimonio social, jurídicamente hablando, ya que la entrega que haga el asociado, pasa a ser propiedad del asociante, quien la manejará mezclándola con sus propios negocios. La falta de personalidad jurídica de la Asociación

⁵ DERECHO COMERCIAL. Edit. (TEA) Tipografía Editorial Argentina. Ed. primera. Buenos Aires, 1954. Traduc. de Felipe de Sola Caffizales. pág. 151.

⁶ CURSO DE DERECHO MERCANTIL. Edit. Porrúa, S.A. Ed. sexta. México, D. F. pág. 57.

en Participación, es la causa de la carencia de un patrimonio social.

B).- No crea una nueva personalidad jurídica que es característica en la Constitución de una sociedad, por lo que el Contrato de Asociación en Participación, sólo obliga a los contratantes.

C).- La falta de personalidad jurídica, ocasiona que la Asociación en Participación, no tenga razón social o denominación (requisito indispensable en las sociedades), ni capacidad personal de contratación, ni domicilio, etc.

Jorge Barrera Graf⁷, señala: "La Asociación en Participación, no está comprendida en la enumeración que su artículo 1º contiene de "Sociedades Mercantiles", por lo que no puede considerarse como una especie, de ellas. Tampoco corresponde a la definición de asociación que ofrece el artículo 2670 C. Civ., en cuanto que la A. en P. tiene una finalidad esencial (y no sólo preponderante) de carácter económico, según se desprende de su propia definición legal (artículo 252, L.S.M.). Se trata de una asociación mercantil por su objeto: La explotación de una negociación mercantil, o la ejecución de una o varias operaciones de comercio.

⁷ DERECHO MERCANTIL. Edit. Porrúa, S.A. Ed. primera. México, D.F. 1989. pág. 36.

A).- No es una sociedad, porque ni tiene nombre propio (artículo 253, que también le niega personalidad).

B).- Ni existen aportaciones de una de las partes, el asociante, quien las recibe de la otra u otras partes (el o los asociados).

C).- Ni existe capital social, un patrimonio de la asociación o de afectación ("respecto a terceros -dice el artículo 257- Los bienes aportados pertenecen al aportante (asociante)..."), ni existe un órgano representativo.

Manuel Broseta Pont⁸, opina diciendo: "Las cuentas en participación, no constituyen un contrato de sociedad irregular, porque en ellas faltan los requisitos de los artículos 116 del Código de Comercio y 1665 del Código Civil, ni tampoco un contrato de naturaleza asociativa, porque si bien, en ellas existe una comunidad de fin entre gestor y participe (obtener y repartir beneficios o soportar las pérdidas), carecen de dos requisitos esenciales a las figuras asociativas: Un patrimonio común y una organización colectiva que, como tal, e integrada por derechos y obligaciones de base colectiva, se manifieste externamente a terceros. Entendemos por ello, que esta figura contractual

⁸ MANUAL DE DERECHO MERCANTIL. Edit. Tecnos, S.A. Ed. primera, Madrid, España, 1978. pág. 347.

constituye un Contrato de Colaboración o de Cooperación económica entre el gestor y los participes, ligados ambos por una comunidad de fin y de intereses, lo que la aproxima a la sociedad sin que pueda identificarse con ella".

Emilio Langle y Rubio⁹, español, señala: "La técnica jurídica no puede admitir que constituya una sociedad de comercio: no nace de ella un sujeto comerciante, no es persona jurídica, ni está dotada de un patrimonio social. Los respectivos elementos sustanciales son muy diferentes, como es fácil advertir:

A).- Cuando forman sociedad "dos o más personas", todas ellas quedan ligadas entre sí: cuando al titular se suman varios participes, cada uno de estos se vincula con aquél, pero quedan en estado de independencia mutua. Lo normal es que cada participación forme "un contrato Cerrado", de tipo personal (Solandra).

B).- No se forma en la participación un fondo común. No hay patrimonio social autónomo y su constitución sería inútil, por no quedar afecto como garantía exclusiva de los acreedores sociales. Cuando Sola Cañizares, objeta que se forma un conjunto de todas las aportaciones y hay un fondo común formado por los beneficios no repartidos todavía, se atiene a un simple hecho económico y olvida la doctrina jurídica.

⁹ MANUAL DE DERECHO MERCANTIL. Manual de Derecho Mercantil. Edit. Bosch Casa. Ed. primera, Barcelona, España, 1959. pág. 335.

C).- Los requisitos legales constitutivos de toda compañía Merc. en la participación brillan por su ausencia. El contrato está legalmente exento de toda solemnidad y publicidad (Art. 240).

D).- La exclusión del fondo común y de la personalidad jurídica, trae consigo otras lógicas consecuencias. La participación carece de nombre o razón comercial (Art. 241 y Sents B AB. 1897 y 10 AB. 1954). Tampoco hay domicilio social, sino domicilio del titular del negocio.

Ahora bien, en contra de la Asociación en Participación como sociedad, también podemos contar a Caroselli, Ageo Arcangelli y el Alemán Luebbert, entre otros.

Por lo que respecta a las teorías que consideran a la Asociación en Participación como sociedad, podemos decir que han sido verdaderamente destruidas en el campo doctrinal, ya sea por no presentar ideas lógicas o por referirse a legislaciones particulares, sin un análisis previo y profundo. Ejemplo, presentaré la teoría del Doctor en el Derecho Mercantil Mexicano Roberto L. Mantilla Molina¹⁰. - Se inclina por sí considerar a la Asociación en Participación como una sociedad. los fundamentos en que basa su opinión (enfocados desde luego a la legislación mexicana), son principalmente los siguientes:

¹⁰ DERECHO MERCANTIL. Edit. Porrúa, S.A., Ed. segunda. México, D.F. 1987. pág. 167.

A).- Considera que el carácter esencial de toda sociedad, es la existencia de un fin común que constituye una especulación comercial, lo cual sucede en la Asociación en Participación.

B).- Que la realización de este fin requiere de aportaciones, las cuales también existen en la Asociación en Participación.

C).- Señala que otro elemento esencial de las sociedades, es la vocación a las ganancias y a las pérdidas, cosa que también sucede en la Asociación en Participación.

D).- Invoca también, en apoyo a su teoría, el que los artículos 258 y 259, de la Ley General de Sociedades Mercantiles en vigor, que se refieren a la Asociación en Participación, declaren como supletorias normas relativas a sociedades, y a que la institución en estudio, esté regulada por la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Sin embargo, da poca importancia al hecho de que la Asociación en Participación, no tenga personalidad jurídica, ni sus atributos; al hecho de que no la mencione el artículo 1º de la Ley General de Sociedades Mercantiles, y por último al hecho de que no exista una verdadera gestión de carácter social.

Expuestas brevemente las doctrinas existentes sobre la institución en cuestión, podemos hacer las siguientes reflexiones:

La Doctrina General, principalmente la española y la italiana, niegan rotundamente que la Asociación en participación sea una sociedad; basándose principalmente en que no forma un ente colectivo, y en que carece de personalidad jurídica propia y, consecuentemente, de los atributos propios a ella, como son: Nombre (Razón social o denominación), domicilio, patrimonio, capacidad parsonal de contratación, etc.

En el Derecho Mexicano se acepta también, que la Asociación en Participación no es una sociedad. En efecto, no obstante lo señalado por Mantilla Molina, relativo a fin común, aportaciones y vocación a las ganancias y a las pérdidas, cabe señalar que estos elementos determinan cierta afinidad entre ambas instituciones; pero no por ello son lo suficientemente importantes como para hacer de la Asociación en Participación una verdadera sociedad.

Es por letra de la ley indubitable que en nuestro derecho, la Asociación en Participación no es una sociedad y que para resolver cualquier duda que la ley no aclare, en cuanto a la naturaleza jurídica de este contrato, debe acudirse a la doctrina italiana, conducta que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sancionado, al apelar a ella en una de sus ejecutorias sobre esta materia.

CAPITULO TERCERO

"EL CONTRATO DE ASOCIACION EN PARTICIPACION"

Después de haber analizado la disparidad que existe entre Sociedad propiamente dicha y Asociación en Participación, y elaborar nociones de que el Contrato de Asociación, según se ha mencionado con antelación, es el antecedente histórico de la sociedad, con la que no debe confundirse, amén de que en la Asociación en Participación, jamás nace una persona jurídica distinta de los asociados.

A esta institución se la han atribuido diversos nombres tales como, Contrato de Participación, Contrato de Cuentas en Participación, etc.

Ahora bien, como quedó señalado en el capítulo segundo del presente trabajo, dijimos que la Ley reglamentaria de la presente institución la define como "...que es un contrato por el cual, una persona concede a otras que le aportan bienes o servicios, una participación en las utilidades y en las pérdidas de una negociación mercantil o de una o varias operaciones de comercio".

a).- Contenido del Contrato

Es un contrato consensual que se perfecciona por la síntesis de las voluntades del gestor y del partícipe

(asociante-asociado), sin necesidad de que para ello se respeten formalidades protocolarias, quedando así sometida la prueba de su existencia a los mandamientos contenidos de la Ley General de Sociedades Mercantiles (Art. 254), por lo que una vez perfeccionado, el contrato hace surgir complejos efectos jurídicos que conviene señalar, distinguiendo a tal fin las relaciones internas (entre asociante y asociado), y de las externas (entre asociante y terceros).

1.- Relaciones Jurídicas Internas:

El Contrato de Asociación en Participación, engendra como todo contrato bilateral, derechos y obligaciones entre las partes que lo celebran.

Las obligaciones que este contrato genera son las de entregar la cosa o prestar el servicio en que consiste la aportación, por parte del asociado; y con ello hacer participe de los beneficios o las pérdidas de la negociación o negocios en participación al asociado, por parte del asociante, con las obligaciones derivadas como prestación de la cuenta. Vamos pues, a adentrarnos al estudio de la relación interna mencionada:

Propiedad de las Aportaciones.

Reza el precepto 257, de la Ley General de Sociedades Mercantiles, "Respecto a terceros, los bienes aportados pertenecen en propiedad al asociante, a no ser que por la naturaleza de la

aportación fuere necesaria alguna otra formalidad o que se estipule lo contrario y se inscriba la cláusula relativa en el Registro Público de Comercio, del lugar donde el asociante ejerce el comercio. Aun cuando la estipulación no haya sido registrada, surtirá sus efectos si se prueba que el tercero tenía o debía tener conocimiento de ella", fiscalizando el referido artículo, diremos que la regla general, es la presunción de que la propiedad de los bienes aportados de los asociados pasan a ser propiedad del asociante, toda vez que no pueden pasar al patrimonio de la asociación porque carece de él, pues si lo tuviere se elevaría a sujeto jurídico o por lo menos sujeto colectivo, y en este caso sólo habría una individualidad interna de la Asociación en Participación; por tal motivo, la solución correcta es, que quien tiene la titularidad del negocio tenga también la pertenencia de los medios a él consagrados, por lo tanto, en la sociedad cuya titularidad pertenece a la colectividad, los medios son comunes a los socios; en la Asociación en Participación, en que tal titularidad es del asociante, también lo aportado por el asociado pertenece a aquél. Lo que sí es posible es que se modifique la regla general sólo en las relaciones en que participen entre asociante y asociado en el sentido de que se pacte la restitución de los bienes aportados, restitución que por tanto, no equivale a un derecho de reivindicación, en virtud de que no es oponible a terceros de buena fe; la cláusula que estipule la no transferencia de no propiedad a favor del asociante deberá ser inscrita en el Registro Público de

Comercio, como dispone el artículo 257, a fin de que los terceros conozcan esta situación excepcional.

Regimen Jurídico

Hemos visto que en la Asociación en Participación, las aportaciones pasarán a propiedad del asociante, por lo que el régimen jurídico que a tales aportaciones corresponde, será el de los artículos relativos a la institución de la propiedad del Código Civil.- Desde luego el artículo 830, del ordenamiento legal citado, establece que "el propietario de una cosa puede gozar y disponer de ella con las limitaciones y modalidades que fijen las leyes". Y es así que el asociante puede disponer de los bienes aportados vendiéndolos, usándolos, concediéndos el goce de ellos y, formando parte de su patrimonio, constituyendo con todo ello la garantía de sus acreedores personales o comerciales indistintamente, por lo que el asociado no tiene más que un derecho de crédito por el importe de sus aportaciones, en cuanto no hayan sido afectadas por las pérdidas del negocio.

La obligación de aportación.

Es esencial para que la figura de este contrato se integre, ya que el artículo 252, que define la institución incluye este supuesto. No es sin embargo, elemento esencial del contrato en muchas legislaciones; la italiana, por ejemplo, no incluye esta obligación en la definición del instituto.

La obligación de aportación la atribuye la ley al asociado o asociados, siendo el cumplimiento de ella la condición para el cumplimiento de la obligación correlativa del asociante, tal obligación de entregar la aportación debe cumplirse de acuerdo con las condiciones de tiempo, forma y lugar que se hayan pactado la falta de entrega o el incumplimiento de alguna de las condiciones estipuladas, será suficiente para que el partícipe no pueda reclamar la parte de beneficios a que de otro modo tendría derecho, pero no excluye de la participación en las pérdidas que le correspondan, ni del abono de la indemnización de los daños y perjuicios que hubiere causado el incumplimiento de esta obligación, lo mismo podemos decir nosotros dentro de nuestro derecho, ya que dentro del supuesto es de lógica jurídica y es un principio de obligaciones, pues el incumplimiento no puede aprovechar al que lo hace y por otro lado, como cualquier contrato, puede exigirse la rescisión o el cumplimiento, y en ambos casos la indemnización que corresponda por los daños y perjuicios a que aquél dió lugar (artículo 2104, del Código Civil).

Riesgos y sus efectos.

Los riesgos de la cosa o cosas en que consiste la aportación, corren a cargo del asociado antes de su entrega, y después de ella, corren a cargo del asociante; como único propietario de las mismas; ahora bien, si la entrega que puede ser real, jurídica o virtual se efectúa en el momento de celebrarse el

contrato, desde ese momento el asociante responde a los riesgos: pérdida, daños o menoscabo de la cosa.

Siendo el objeto de la Asociación en Participación, una negociación mercantil o una o varias operaciones de comercio, como una gestión individual, la del asociante, la administración es también individual de él, como la de su negocio propio. A quien corresponde pues, la administración relativa al Contrato de Asociación es al asociante, a quien a nombre propio contrae obligaciones y adquiere derechos. Esta administración es una de las obligaciones que pesan sobre el gestor del negocio en participación.

Ella consiste en la atención personal de su negocio, usando su firma individual, con el celo o interés con que se administran los negocios propios, dirigiéndose la negociación como lo crea más conveniente dentro de los límites del contrato o de la ley.

Cuando en el contrato se ha establecido que la participación abarcara una sola rama o un conjunto determinado del comercio, deberá emplear los bienes aportados sólo en esas ramas y no en su entero comercio, tratándose así de una limitación al derecho de propiedad del asociante sobre las cosas aportadas por parte de los asociados y que forman parte de su patrimonio. Dentro de los límites del objeto de la asociación, el asociante será libre de desarrollar su negocio, según su deseo, sin necesidad de la aprobación del asociado y no obstante la oposición de éste. El asociante encargado de la administración de su negocio, respecto del cual ha pactado varias participaciones, no está obligado a tener

para la Asociación en Participación una administración separada con libros de contabilidad.

En nuestra Ley General de Sociedades Mercantiles, no se toca en una forma especial el punto sobre la administración del objeto de la Asociación en Participación, por lo que a falta de estipulaciones contractuales, se tendrá que acudir, de acuerdo con el artículo 259, del ordenamiento en cita, a las reglas establecidas para las sociedades en nombre colectivo, en cuanto no se pugne con las disposiciones relativas a la asociación, en ellas se habla de nombramiento de administrador o administradores de la sociedad, cosa que en la asociación, no siendo una sociedad, no hay necesidad que los asociados la nombren, porque el hecho de que tal administración corresponda al asociante, es un resultado de la naturaleza del contrato de asociación.

Posibilidad de concurrencia.

¿Pueden los asociados por cuenta propia ejercitar la misma actividad, la misma rama de comercio a la que es objeto la asociación? La remisión que la ley hace a las reglas de las sociedades colectivas, podría, sin entrar al análisis del artículo 35 de la ley citada, hacernos pensar que definitivamente no se puede, pero profundizando un poco veremos lo contrario: Reza el artículo que "los socios, ni por cuenta propia, ni por ajena podrán dedicarse a negocios del mismo género de los que constituyen el objeto de la sociedad, ni formar parte de sociedades que los

realicen salvo con el consentimiento de los demás socios "esto supone, tiene como base la existencia de un ente colectivo, la ocupación semejante que uno de los que forman ese ente realice como persona individual, dándose con ello lugar a una competencia desleal, ya que se conocen los medios que la sociedad emplea en los negocios sociales para obtener las mayores ganancias, el secreto comercial, etc., pero en la Asociación en Participación al asociante y al asociado no los liga más que una relación de crédito que no inmiscuye al segundo en la actividad del primero. No puede o se supone que no puede el asociado aun dedicándose al mismo negocio objeto de la participación, hacer competencia al asociante, puesto que la asociación no crea más que un lazo o una relación obligacional. Puede pues el asociado celebrar todos los Contratos de Asociación que quiera con diversas personas o asociantes. Por lo que se refiere al asociante, este puede y de hecho ejercita el mismo objeto de la Asociación, toda vez que precisamente de este ejercicio, malo o bueno, resultarán las ganancias o pérdidas que en la parte convenida ha de participar a los asociados.

Rendición de cuentas. Derecho de vigilancia del asociado.

Como otra cualquiera, debe rendirse pormenorizadamente, debidamente comprobadas, acompañadas del inventario base del balance (artículo 19, de la Ley General de Sociedades Mercantiles) desde luego, cuando se trate de una participación duradera, sobre todo el comercio del asociante, que presentara como lo exige el artículo,

43, de la ley citada, cuando el contrato sea omiso en cuanto al término para presentarlas.

Es necesario distinguir las asociaciones, cuando tengan por objeto una actividad transitoria o de breve duración, de aquellas que se refieren a una actividad comercial duradera o al comercio del asociante por entero: En el primer caso el asociado no tendrá derecho sino a una única cuenta de la administración entera; en el segundo de acuerdo a lo acostumbrado, podrá reconocerse una rendición de cuentas semestral (artículo 43 de la Ley General de Sociedades Mercantiles), o a la clausura del ejercicio. En caso de juicio, el asociante deberá presentar la cuenta de los beneficios y las pérdidas acompañada de los documentos justificativos. De lo anterior se deduce, que el asociado no tiene ni puede tener una gran ingerencia en la gestión de la asociación. No tiene el derecho de controlar la cuenta, ni de inspeccionar los libros de comercio del asociante donde pueden encontrarse escrituras extrañas a la asociación, por contener secretos comerciales, etc., en juicio, el asociado no puede pedir la comunicación, entrega o reconocimiento general de los libros del asociante, permitida en los negocios de sucesiones, liquidación de sociedades, dirección o gestión comercial por cuenta de otro y quiebra, ya que ninguno de estos casos, ni siquiera los de sociedad o comunidad de bienes, concurren en la asociación, y puede solamente pedir la exhibición de los mismos libros para sacar lo que se relacione con los negocios de la asociación, si la asociación se refiere al comercio del asociante

por entero.

Ahora bien, dentro de la relación jurídica interna, Joaquín Garriguez¹¹, señala:

"A).- La gestión de la cuenta en participación.- No contiene nuestro C. de C. reglas directas sobre la gestión de la cuenta en participación, aunque al emplear en los artículos 242 y 243, precisamente el vocablo "gestor" designa ya, cuál es el contratante a quien corresponde la gestión. y que esta gestión tiene carácter exclusivo y excluyente se desprende también de la norma en la que el código establece la prohibición de adoptar una razón comercial común y usar de más crédito directo que "el del comerciante que las hace y dirige en su nombre y bajo su responsabilidad individual" por tanto, el único que tiene facultades de gestión es el comerciante que lleva el nombre de la negociación, y esta gestión unilateral es la que corresponde perfectamente a las motivaciones económicas del contrato, como antes vimos.

Ahora bien, esta gestión no es la gestión normal que por definición corresponde al empresario en su propia empresa, sin necesidad de calificarle como gestor. Si se habla de gestor, es justamente para expresar la idea de que se están administrando no sólo los intereses propios, sino los intereses ajenos, y esta realidad es la que justifica lo que en otros casos no tendría justificación, y es el calificar como gestor de su propia empresa a

¹¹ CURSO DE DERECHO MERCANTIL. Edit. Porrúa, S.A. Ed. sexta. México, D. F. 1979.

un empresario independiente.

- 1.- La primera obligación que lógicamente incumbe al gestor, es la de continuar o acaso iniciar la explotación de su empresa en el supuesto de que la cuenta en participación se refiera a todas las operaciones de la empresa y no a una determinada.
- 2.- El gestor tiene la obligación de emplear la aportación de partícipe de manera adecuada a la naturaleza y finalidad del negocio.
- 3.- El gestor no puede transformar por su sola voluntad el objeto de la empresa.
- 4.- Del mismo modo le está prohibido al gestor enajenar su empresa sin consentimiento del partícipe, porque esta enajenación hace imposible la subsistencia del contrato al faltarle su base económica.
- 5.- También le está prohibido al gestor detraer elemento de la explotación de su empresa para llevarlos a otra, aunque estos elementos no sean los aportados por el partícipe (en el caso de que la aportación de éste no sea dineraria).
- 6.- Finalmente, el gestor no puede establecer otra empresa de objetos similar, siempre que el establecimiento de la nueva empresa tenga como consecuencia la desaparición o disminución de la productividad de la empresa objeto del contrato de cuenta en participación.

B).- El Derecho de información del partícipe.- Este derecho no se regula en nuestro C. de C., el cual sólo impone al gestor la obligación de rendir cuenta justificada de sus resultados, terminadas que sean las operaciones. El derecho de información es cosa distinta de la rendición de cuentas, porque mientras ésta es consecuencia de la extinción del contrato y liquidación de las relaciones establecidas, el derecho de información, al contrario, presupone la vigencia del contrato. Por esta razón otros ordenamientos positivos conceden al partícipe el derecho a obtener la comunicación por escrito el balance anual y de comprobar su exactitud examinando la contabilidad del negocio. Se configura este derecho menos amplio que el del socio en general. La laguna de nuestro C de C. en este punto, puede colmarse aplicando por analogía el artículo 150, párrafo segundo del C. de C., en materia de sociedades comanditarias.

C).- Distribución de Ganancias y de Pérdidas.- Nuestro C. de C., al regular las cuentas en participación parece contemplar exclusivamente la hipótesis de la participación, en una o varias operaciones determinadas de un comerciante. Por ello la distribución de ganancias y pérdidas coinciden normalmente con la liquidación final del contrato, y así se establece en el artículo 243. Mas, si la cuenta en participación se refiere a todas las operaciones propias de una empresa, es claro que la distribución de ganancias y pérdidas habrá de tener carácter periódico y repetido a lo largo de

la vida del contrato. Y puesto que el empresario establecerá sus cuentas al final de cada ejercicio anual, estas mismas cuentas serán las que establezcan las ganancias o las pérdidas del negocio".

2.- Relaciones Jurídicas Externas:

Al tratar de la naturaleza jurídica de la Asociación en Participación, concluimos que no se trata de un ente colectivo y mucho menos, goza de personalidad jurídica diversa de la de los socios. Siendo esto así, la Asociación en Participación en las relaciones con terceros, no funciona como algo distinto al comercio o negocio del asociante, pues aquella es sólo una relación contractual que queda entre las partes que lo celebran.

A).- Relaciones con terceros en General:

En la Asociación en Participación, los asociados pueden ser dos o más; estos a la vez pueden dividirse en dos clases: El dueño del negocio que da participación en él, o sea los participantes que asumen las funciones de gestores, miembros activos de la negociación, y los que aceptan la participación o partícipes, miembros asociados o pasivos de la negociación. Por lo que en este rubro son los primeros los únicos que pueden contratar con terceros empleando su propio nombre, en virtud de que no tienen personalidad jurídica propia, y por lo tanto tratándose de una gestión individual, a nombre propio del asociante y siendo la relación de la Asociación en Participación puramente contractual, sólo produce los

efectos relativos de los contratos o sea entre las partes que los celebran; entonces ésta no afecta a los terceros que contratan con el comerciante gestor, pues como cualquier comerciante con asociados o no, responderá de las operaciones que celebre con todo su patrimonio.

Los asociados no pueden contratar con terceros a nombre de la asociación, porque tal ente no existe; pero sí pueden contratar con terceros por efecto de un contrato de mandato que independientemente del de asociación celebren con el gestor, no siendo este ya un efecto del Contrato de Asociación, pues el asociante puede celebrarlo indistintamente con un asociado y con otra persona.

El carácter oculto de este contrato, explicado en otras épocas por el menosprecio con que se miraba al comerciante, en la actualidad no hay razón para mantenerlo oculto, pues es inverosímil que un contrato perfectamente legal deba concluirse y llevarse a cabo clandestinamente para conservar su propia naturaleza.

Muy por el contrario, en la actualidad la publicación del mismo puede dar mayor crédito al comerciante gestor, amén de que tal notoriedad no cambia o convierte a la Asociación en Sociedad. Y si la publicidad del contrato pone fuera de duda sus límites, ella servirá para impedir los equívocos que pueda extender la responsabilidad del asociado.

B).- Terceros y Bienes Aportados:

Los terceros, acreedores del asociante, pueden operar sobre todos los bienes de éste, comprendidos los administrados del participante o invertidos en el objeto de la asociación, ya que ellos vienen a ser pertenencia del asociante. Ningún pacto en contrario puede ser admitido porque violaría la esencia del contrato de referencia, aun la misma cláusula de la restitución de los bienes suministrados, no puede dar lugar sino a la reparación del daño en caso de incumplimiento como ya se ha visto. Ahora bien, cuando los bienes prometidos por el participante, aún no se entregan o por no haberse cumplido en plazo señalado, los terceros no podrán demandar directamente a aquéllos para que cumplan, pues sólo son deudores del asociante y es éste el único que tiene acción en contra de aquéllos. Sobre esos bienes los acreedores del asociante no pueden ejercitar algún derecho, porque aún no han entrado en el patrimonio de aquél, y es sólo sobre éste, que pueden ejercitar sus derechos.

C).- Responsabilidad de asociante y asociados:

Tratándose de relaciones externas con terceros, éstos pueden ser los acreedores del asociante (en la rama o en todo el comercio que constituyen el objeto de la asociación), y los acreedores del asociado o asociados.

Respecto de los acreedores del asociante por lo que toca al negocio en participación, el único responsable ante ellos es el mismo asociante y por lo mismo responderá con todo su patrimonio,

que incluye las aportaciones de los participantes (asociados), ya que la asociación no da lugar a la formación de un patrimonio particular, así como también responderá con todo su patrimonio frente a los acreedores por otra rama de su comercio distinta a la de la asociación, o por obligaciones personales ajenas a la de la participación.

Vemos pues, que debido al carácter especial de la relación a que da lugar la Asociación en Participación, el único directamente responsable respecto de los terceros con quienes contrata por las obligaciones que contraiga, es el asociante o comerciante gestor. El asociado o asociados participantes, no responden directamente frente a los terceros por las operaciones que realice aquél.

Es así que en la Asociación en Participación, el asociado no responde frente a los terceros contratantes con su asociante. Es este punto importante que derivado del carácter interno se determina que no es social de la asociación sino de simple crédito, la diferencia de la Sociedad en Comandita, ya que los acreedores en la sociedad tienen acción directa contra los socios comanditarios que no han cubierto su aportación para que lo hagan, pues siendo parte de un todo, la sociedad, deben responder por las obligaciones que ella contraiga en la forma establecida por sus estatutos.

El asociado, por disposición de la ley es responsable frente al asociante únicamente, y su responsabilidad es limitada hasta el monto de su aportación.

D).- Acción de los terceros contra asociantes y asociados:

Los terceros tienen las acciones que se deriven de las operaciones que celebren con el asociante, y pueden ejercitarlas cuando éste no cumpla, se está hablando de terceros respecto al contrato de asociación. Pero terceros, respecto del asociante, pueden ser los acreedores del asociado, así como terceros para el asociado, son los acreedores del asociante. Respecto a los acreedores del asociado, éstos no pueden ejercitar acción alguna contra el asociante y precisamente sobre los bienes que su deudor (el asociado), aportó a la negociación, como efecto del contrato de asociación pues, tal operación transmite la propiedad de los mismos al asociante, y sólo en caso de evicción corresponderá a éste la acción respectiva y aquéllos podrán con justo derecho recobrar esos bienes.

Por lo que toca a la preferencia de las asociaciones, la acción de los terceros no es preferente frente a las demás acciones de los otros acreedores del gestor.

Tampoco los participantes o interesados, tendrán acción contra los terceros contratantes del gestor, a no ser que éste les haga cesión formal de sus derechos. No hay pues deuda propia de la asociación, sino deudas propias del gestor.

E).- Derechos del Asociante y Asociados Frente a Terceros:

Frente a terceros (personas ajenas a la relación o Contrato de Asociación, en este caso), el asociante tiene los derechos que

emanen de los contratos que con ellos celebre como acreedor de los mismos en el ejercicio de su comercio.

Por lo que respecta al asociado o asociados, frente a terceros, no son más que acreedores del asociante y como otro cualquiera tiene iguales derechos. Respecto a los que con el asociante contratan, el asociado no tiene ningún derecho, pues no existe nexo jurídico alguno entre éstos y aquellos.

Ahora bien, bajo este rubro externo de la Asociación en Participación, Emilio Langley y Rubio¹² dice al respecto: "Impera universalmente, la doctrina de que la asociación que venimos examinando carece de vida exterior. Existe para las partes que celebran este contrato y no existe para los terceros". Nuestro Co. lo declara igualmente: "Los que contraten con el comerciante que lleve el nombre de la negociación, solo tendrán acción contra él y no contra los demás interesados, quienes tampoco la tendrán contra el tercero que contrato con el gestor, a no ser que éste les haga cesión formal de sus derechos" (Artículo 242). En suma, que no hay más persona comerciante y vinculada con los terceros, como acreedor o deudor, que el titular del negocio, pues el partícipe no figura a estos efectos para nada, salvo si el gestor le cede su derecho.

Importa mucho destacar que esta falta de proyección externa del contrato ha sido pésimamente interpretada. Se ha incurrido de antiguo en un error doctrinal: el de creer que la cuenta en

12 MANUAL DE DERECHO MERCANTIL. Op. Cit. pag. 346.

participación es una sociedad oculta y el de emplear los impropios tecnicismos de "socio secreto" y "socio aparente", para designar al partícipe y al titular. Ni es sociedad (como atrás demostramos), ni necesariamente ha de quedar ignorada por el público.

La culpa de tan equivocada concepción ha de imputarse al Co. Francés, cuyo artículo 49 (modificado el año 1921), dice que: "Son sociedades cuya existencia no se revela a los terceros". Hasta el gran maestro Thaller se torturaba con el inútil problema de qué sucedería si el partícipe fuese "desenmascarado". Los países de legislación más progresiva, desechan tal prejuicio y no se preocupan por esa cuestión. Porque el reconocimiento por los terceros o el público en general de que la asociación existe, bien si los interesados lo manifiestan, bien si los terceros lo averiguan, no modifica en nada la situación legal. Ni se comprende porque haya de alterarla esta "verdad sabida". La publicidad de la asociación es innecesaria, pero no está prohibida.

El Dro. Positivo Español no existe tal secreto. Este no es nota esencial, ni característica principal de la cuenta en participación, si bien la relación jurídica creada sólo tenga una eficacia para las partes, es decir, sea irrelevante para terceros, lo cual, es cosa muy distinta. Aunque no requiere publicidad y aunque está privada de efectos en el ámbito de las relaciones externas, esto no significa en modo alguno que sea "de esencia" el secreto. La notoriedad —escribió Vivante— "podrá ser indiferente para los terceros, podrá ser jurídicamente superflua, pero en ningún caso

juzgaremos que contradiga a la participación". Puede convenir al asociante que sus clientes sepan que tiene asociados prestigiosos y "sería extraño que un contrato perfectamente legal debiese concluirse y llevarse a cabo clandestinamente para conservar su propia naturaleza".

No hay, pues, obstáculo en que el partícipe sea conocido, con el carácter que realmente ostenta, cosa que al fin sólo puede ofrecer mayor garantía. Las partes pueden obrar a cara descubierta. Lo inadmisibles sería que el simple partícipe pretendiese darse a conocer con una falsa cualidad (la de auténtico socio), cometiendo un engaño o, al menos, aprovechándose de un error sin deshacerlo: su conducta sería entonces fraudulenta.

Puede darse el caso de que el partícipe garantice las obligaciones del titular. Tampoco se transforma por ello la participación en sociedad, sino que se añade a aquel contrato, otro accesorio de fianza merc. (Art. 439).

Preve el Co. (Art. 242), una cesión de sus derechos por el asociante al asociado. Este los hará suyos, en tal caso, y podrá accionar contra el tercero; pero no hará como tal cesionario, no como partícipe, ni siquiera como representante; porque ceder un derecho de crédito es transmitirlo a otro".

Por lo que se determina que el gestor (asociante), se muestra frente a terceros como el único y universal dueño del negocio. Actuando de esta manera por su propio nombre y consiguientemente, adquiere los derechos y obligaciones nacidas en

el ejercicio del comercio.

No hay, por tanto, deudas propias de la cuenta en participación, sino deudas propias del asociante.

b).- Elementos del Contrato Mercantil (Asociación en Participación).

1).- Personales:

Adentrándonos al elemento en cuestión, diremos que siendo la Asociación en Participación un contrato, y como cualquier acto jurídico debe reunir los elementos de éstos: Sujetos de la relación, objeto de la misma y relación jurídica propiamente. Vamos pues, a ocuparnos en primer término de los sujetos, las cualidades de éstos que deberán reunir para poder ser partes de un contrato de Asociación en Participación y los requisitos para que su participación sea del todo válida.

El primer elemento personal es el consentimiento.- como la Ley General de Sociedades Mercantiles, al referirse a la Asociación en Participación no toca este punto, y además, ésta es una materia propia del derecho común, hay que ir a esta fuente: Dice al respecto Fernando Flores Gómez ^B: "Para la existencia del contrato se requiere el consentimiento y el objeto que puede ser materia de contrato.

El consentimiento es el acuerdo de dos o más voluntades para producir o transferir derechos y obligaciones.

El contrato se forma en el momento en que el proponente

^B NOCIONES DE DERECHO POSITIVO MEXICANO. Distribuido por la U.N.A.M. Ed. séptima. México D.F. 1972. pág. 322.

recibe la aceptación.

El consentimiento puede ser expreso o tácito. Es expreso, cuando se manifiesta verbalmente, por escrito o por signos inequívocos. El tácito resulta de hechos o actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo, excepto en los casos en que la ley o convenio, la voluntad deba manifestarse expresamente.

El consentimiento no es válido si ha sido dado por error arrancado por violencia o sorprendido por dolo.

El error es un concepto falso de la realidad. La ley de la materia, establece tres clases de error: El de derecho, el de hecho y el de cálculo. El error de derecho o hecho invalida el contrato, cuando recae sobre el motivo determinante de la voluntad de cualquiera de los que contratan, si en el acto de la celebración se declara ese motivo o si se prueba por las circunstancias del mismo contrato que se celebró, éste en el falso supuesto que lo motivó y no por otra causa. El error de cálculo sólo da lugar a que se rectifique.

La violencia es la coacción física o la intimidación moral hecha sobre una persona para forzarla a que otorgue su consentimiento. A mayor abundamiento hay violencia en la celebración de un contrato, cuando se emplee fuerza física o amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o una parte considerable de los bienes del contratante, de su cónyuge, de sus ascendientes, de sus descendientes o de sus parientes colaterales dentro del segundo grado. El dolo en los

contratos es cualquier sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes, cuando se disimula el error de uno de los contratantes, se llama mala fe.

El objeto de los contratantes puede ser una cosa que el obligado debe hacer o no hacer.

La cosa objeto de la relación contractual, debe existir en la naturaleza, ser determinada o determinable en cuanto a su especie y estar en el comercio.

En otras palabras, la voluntad de un incapacitado o de una persona en error radical, no tiene fuerza para obligarlos, y el acto que ésta celebre será inexistente.

La voluntad no debe estar viciada, y lo está cuando la declaración de voluntad no corresponde a la intención interna y verdadera de la persona, por hallarse violentada o engañada debido a circunstancias accidentales o involuntarias por parte de ella. Son vicios de la voluntad: el miedo o temor y el error. El dolo es cualquier sugestión o artificio que se emplee para inducir a error, por lo tanto, es un error provocado, es una específica causa externa del error. Los vicios de la voluntad, no la destruyen, salvo cuando se trata de error radical de los que impiden a las personas determinarse jurídicamente; sin embargo, tampoco produce los mismos efectos, ni obliga con toda la fuerza jurídica a la persona, porque ésta, de no haber existido el vicio que la indujo a obligarse, no se habría obligado o se habría obligado en forma distinta de como lo

hizo, pudiendo por esto atacar la obligación nacida de la misma voluntad. El consentimiento formado por una o más voluntades viciadas, es nulo, y por tanto también es nulo el acto jurídico a que dió lugar, hemos pues, de aplicar los anteriores principios al contrato de asociación en participación.

El segundo elemento personal es la capacidad. Siendo la Asociación en Participación un contrato y como tal un acto jurídico que crea derechos y obligaciones entre las partes que lo celebran, los sujetos de tal acto deben ser capaces, tener la capacidad establecida por las leyes para contratar y obligarse.

Pueden ser sujetos del Contrato de Asociación, personas físicas, comerciantes y personas físicas no comerciantes, personas morales —sociedades mercantiles y sociedades civiles— ya que la Ley General de Sociedades Mercantiles habla de ... "El contrato por el cual una persona concede a otras..." La capacidad de las personas físicas (comerciantes o no) para celebrar este contrato es la del derecho común, pues aun en el caso de ser sujeto de un acto mercantil, el artículo 5º del Código de Comercio, establece expresamente "La profesión del comercio, tienen capacidad legal para ejercerlo". Y el derecho común nos habla de la capacidad de ejercicio en el artículo 24 del Código Civil, diciendo: "El mayor de edad tiene la facultad de disponer libremente de su persona y de sus bienes, salvo las limitaciones que establece la ley", y el artículo 646, del mismo ordenamiento legal antes invocado dice que "La mayor edad comienza a los dieciocho años cumplidos".

Las excepciones a la capacidad de ejercicio, son las incapacidades; éstas pueden ser naturales y legales, forman las primeras los menores de edad, y los mayores privados de inteligencia, por las causas que señala el artículo 450, del Código Civil, y las segundas, los menores de edad emancipados, para actos de disposición.

La capacidad de las personas morales como partes de un contrato de Asociación en Participación, se rige por el requisito de su constitución legal, seguido de la inscripción en el registro público correspondiente, es decir que sean verdaderas personas morales. Además, es necesario que dentro de su objeto, esté incluido el poder realizar actos de comercio (cuando se trata de sociedades civiles), y en particular celebrar este contrato de Asociación en Participación, en el que se hace a otra persona participe de los propios beneficios o en el que se aporta alguna cosa o servicio para correr la suerte de aquél a quien se le aporta; es decir, tanto en el papel de asociante como de asociado, la persona debe tener facultad de disponer de los bienes comunes, de efectuar actos de enajenación.

2.- Reales:

Son los elementos que componen el objeto del Contrato de Asociación en Participación, como base fundamental de este.

Las Aportaciones. Según lo establecido por el artículo 252, de la Ley General de Sociedades Mercantiles, las aportaciones deben

constituirse en bienes o servicios, siendo éstas dentro de nuestro Derecho, esenciales para este contrato a diferencia del Derecho italiano, en que éstas no son indispensables para que aquél se integre. Dentro del primer concepto puede consistir la aportación en todas las cosas susceptibles de apropiación que no estén fuera de comercio; éstas son, los bienes inmuebles que enumera el artículo 750 del Código Civil, los bienes muebles que señalan los artículos 752, 753, 754, y demás relativos del ordenamiento antes invocado, incluso aclaro, los derechos reales sobre los primeros y las obligaciones y derechos o acciones que tienen por objeto a los segundos.

En cuanto al segundo término servicios, es hasta cierto punto imposible, el que tales sean objeto de la aportación, porque no responde a las raíces económicas y jurídicas que desde un principio determinaron este contrato en relación con la evolución que en la actualidad han tomado algunas instituciones jurídicas. En realidad, este contrato se celebra entre asociante y asociados, con el fin, por parte de este último, de obtener ganancias sin ocuparse o molestarse en atender el comercio o llevar las operaciones que son objeto de la asociación. La situación que se presenta cuando la aportación es de servicios, sólo se explica por la antigua commenda, y esta figura en ese supuesto no es otra cosa que un contrato de trabajo, ya que el que aporta servicios en el supuesto de la ley, es el asociado. Además, si el fin del que aporta servicios es el de obtener una participación en las utilidades, más que en las pérdidas

de la negociación del asociante o de uno o varios negocios que éste gestione, no tiene capacidad de arriesgarse a sobrellevar las pérdidas que puedan resultar del negocio. Sin embargo, para que los servicios reunan el carácter de una aportación en el contrato de una Asociación en Participación, es necesario que éstos se presten libremente, que no haya una subordinación del asociado al asociante, pues si la hay, el contrato no será de asociación sino de trabajo. Y en realidad cuando se aportan servicios, no puede haber participación en las pérdidas, pues el artículo 16 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, al hablar del reparto de las ganancias o pérdidas distingue entre socios capitalistas y socios industriales, y respecto de estos últimos dice: "El socio o socios industriales no reportarán las pérdidas. Pues bien, el que aporta servicios no es socio industrial, pero por la misma o más importantes razones, no puede estar sujeto a una posible prestación gratuita de servicios pues, a mayor abundamiento, el artículo 5º constitucional establece que: "Nadie podrá ser obligado a prestar trabajos personales, sin la justa retribución y sin su pleno consentimiento..." y si a alguien no se obliga a trabajar y al no percibir salario en el caso de mala suerte del asociante, no se encuentra quien lo haga voluntariamente. Este sólo puede darse dentro de un grupo familiar, pues en otro supuesto aparte de que el asociante podría aprovecharse más de la cuenta del trabajo del asociado, sería un contrato en virtud del cual, el patrono podría eludir todas las obligaciones que con respecto a sus trabajadores le impone el artículo 123 de nuestra

carta magna.

"Objeto de la Asociación en Participación"

La Asociación en Participación puede tener por objeto operaciones comerciales aisladas, un conjunto de operaciones o una entera negociación mercantil. El carácter comercial del objeto implica que se persiga mediante él, un fin de especulaciones comerciales, de lucro, esto por lo que se refiere a la obligación del asociante. Por lo que respecta al objeto de la obligación del asociado, éste consiste en los bienes aportados.

Tanto los bienes o servicios como el negocio u operaciones comerciales del asociante, deben ser lícitos, es decir, que no sean contrarios a las leyes del orden público y a las buenas costumbres; posibles, es decir, que no sean contrarias a las leyes naturales o imposibles por disposición de la ley.

"La Aportación con Pacto de Restitución"

Dice el artículo 255 de la Ley General de Sociedades Mercantiles: "En los Contratos de Asociación en Participación, se fijarán los términos, proporciones de interés y demás condiciones en que deban realizarse".

Es en virtud de este artículo que se opina, que si puede pactarse la restitución de la cosa aportada al terminar la asociación; pero no en todos los casos del pacto puede cumplirse.

Desde luego, cuando la imposibilidad de restituir, priviene

de las pérdidas ocurridas ya que en tal supuesto, el pago no produce ningún efecto, porque iría contra la esencia fundamental del contrato (Asociación en Participación) misma que es (participación en los beneficios y en las pérdidas), el pacto de restitución sólo tiene validez entre las partes que lo celebran, pero que no es oponible a los terceros, por lo que si el asociante no cumple con él, por haber extraviado o dispuesto de la cosa en forma diversa de la convenida que impida su devolución, será responsable por los daños y perjuicios que tal incumplimiento ocasione al asociado.

3.- Formales:

Como elemento de forma, el artículo 254, de la Ley General de Sociedades Mercantiles, nos dice que: "El Contrato de Asociación en Participación, debe constar por escrito y no estará sujeto a registro". En tales circunstancias diremos que el mandamiento de constar por escrito, no es porque este contrato sea formal, es decir, que si no consta por escrito no tendrá eficacia, sino que es una formalidad para la prueba del contrato. Este mandamiento de la ley fue, seguramente tomado del Derecho italiano, en el que también se consigna esta formalidad "Ad probationis causae", para garantizar los importantes intereses que pueden depender de este contrato y no se logre fácilmente con testigos falsos, una participación en las utilidades o una división de las pérdidas donde nunca hubo asociación.

La prueba por escrito puede abarcar desde correspondencia

de los contratantes, escritura privada, pública, telegramas, recibos, balances, etc.

En la mayoría de las legislaciones, podemos asegurar que casi en todas rige el principio de la no formalidad, absoluta libertad de forma y de medios de prueba del contrato. No obstante de ello, por lo antes expuesto consideramos que la exigencia de la prueba escrita es acertada.

A mayor abundamiento y a manera de reforzar la postura anterior, paso a transcribir la siguiente jurisprudencia:

"Asociación en Participación, prueba de la existencia del contrato de".

"La Ley de Sociedades Mercantiles dispone en su artículo 254, que el Contrato de Asociación en Participación debe constar por escrito y que no estará sujeto a registro; pero relacionando este precepto con el artículo 78 del Código de Comercio, tiene forzosamente que llegarse a la conclusión de que esa formalidad no es un elemento "Ad solemnitatem", sino solamente "Ad probationem" y, consecuentemente, que la existencia del contrato puede demostrarse, por cualquier medio de prueba que ponga de manifiesto la intención de las partes para celebrarlo, así como que para la apreciación de dichos medios probatorios, debe estarse a la preeminencia de la

voluntad, sobre su expresión material, esto es, a la voluntad interna, sobre la voluntad declarada."

Sexta época, cuarta parte: Vol. II, pág. 46. A.D. 6066/56. José Lunardi A. 5 votos.

Bajo el mismo concepto y bajo el mismo orden de ideas, la siguiente jurisprudencia reza al respecto lo siguiente:

"Asociación en Participación, formalidades del contrato de".

"Teniendo en cuenta que el artículo 78 del Código de Comercio declara que en las convenciones mercantiles, cada uno se obliga en la manera y términos que aprezca que quiso obligarse sin que la validez del acto comercial dependa de la observancia de formalidades o requisitos determinados, debe estimarse, en ausencia de disposición especial contraria, que la forma escrita querida para la celebración del Contrato de Asociación no es una solemnidad, cuya ausencia determinaría la inexistencia de la sociedad, sino tan solo un medio de facilitar la prueba de la celebración del Contrato de Asociación en Participación y de los elementos del convenio. Para ratificar esta afirmación basta tener en cuenta que de acuerdo con el

sistema de Ley General de Sociedades Mercantiles, la ley les atribuye efectos a las sociedades irregulares por omisión de la observancia de las formalidades que rigen su constitución".

Sexta época, cuarta parte: Vol. LII, pág. 76. A. D. 2287/59. Primo Martínez Sánchez, mayoría de 3 votos.

Ambas tesis jurisprudenciales, constan bajo la jurisprudencia 1917 - 1985, apéndice al semanario judicial de la federación, cuarta parte de la tercera sala, ediciones mayo.

c).- Extinción del Contrato de Asociación en Participación.

1).- Causas de la extinción:

Inmersos en nuestro Derecho Mercantil, diremos que el artículo 259 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, expresa textualmente lo siguiente: "Las Asociaciones en Participación funcionan, se disuelven y liquidan, a falta de estipulaciones especiales, por las reglas establecidas para las sociedades en nombre colectivo, en cuanto no pugnen con las disposiciones de este capítulo. Remitiéndonos, claro está, a las exigencias de las normas de la sociedad en nombre colectivo, y dentro de estas nos remitimos al artículo 50, que no habla de que el Contrato de sociedad podrá rescindirse respecto de un socio: I.- (En el supuesto que no ocupa no es aplicable, ya que trata del uso de la firma o capital social para negocios propios); II.- Por infracción al pacto social;

III.- Por infracción a las disposiciones legales que rijan al contrato social; IV.- Por comisión de actos fraudulentos o dolosos contra la compañía; V.- Por quiebra, interdicción o inhabilitación para ejercer el comercio.

En tal evento, como todo contrato bilateral (y además en los términos del artículo 50, fracciones II y III, de la Ley General de Sociedades Mercantiles, la Asociación en Participación, puede rescindirse por cualquiera de las partes, en caso de incumplimiento de la otra parte y demandar en ese caso el pago de los daños y perjuicios que tal incumplimiento provoque. Puede, igualmente, la parte agraviada exigir el cumplimiento del contrato y también el pago de daños y perjuicios.

Ahora bien, fiscalizando el artículo 50 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, diremos que los señalados casos a que hace alusión este precepto, en cuanto la rescisión no son supletoriamente aplicables al Contrato de Asociación en Participación, toda vez de que parte del término "sociedad", en cuanto persona con existencia autónoma, además totalmente dotada de un patrimonio propio, lo que, como es bien sabido, no ocurre en nuestro contrato, cuya rescisión ha de operar por las siguientes causas:

A).- Por el mutuo consentimiento, que puede manifestarse expreso o tácitamente.

B).- Por el simple transcurso del tiempo prefijado en el

contrato, siempre que no medie un acuerdo expreso o tácito de prórroga.

C).- La conclusión de la empresa que constituya el objeto de la cuenta en participación. Dentro de este supuesto pertenece la cesación y la enajenación del negocio mercantil del gestor.

D).- La muerte del comerciante (asociante - gestor), si no contiene el contrato pacto expreso de continuar en la cuenta en participación, los herederos del difunto.

E).- La quiebra del gestor, la simple suspensión de pagos no es causa de extinción, porque las operaciones pueden continuar bajo el control de los interventores judiciales.

2.- Efectos de la Extinción:

El principal efecto obligado de la extinción de este contrato, consiste en la liquidación de la cuenta, que se hará por el gestor. Esta liquidación no tiene ningún influjo sobre el resto de los negocios mercantiles que puede explotar el gestor.

Propiamente hablando no es una verdadera liquidación, en el sentido de realizar las operaciones jurídicas pendientes con los terceros; por lo que es más bien un arreglo de cuentas, limitada a la relación contractual entre el gestor asociante y el participante

asociado.

La prueba de la disolución de la Asociación en Participación puede ser, desde luego, el contrato escrito de asociación, los libros del asociante y las que correspondan al hecho o hechos que originen la disolución y que las leyes relativas señalen.

Por lo que se concluye que el primordial efecto de la disolución de la Asociación en Participación es la inmediata liquidación (arreglo de cuentas), de la que trataremos más ampliamente en el capítulo siguiente.

CAPITULO CUARTO

LA QUIEBRA

a).- Quiebra y Propiedad de los bienes en la Asociación en Participación:

En principio debo aclarar que la quiebra a que me refiero sería la del asociante (gestor del negocio) y no la quiebra de la Asociación en Participación, la cual no es posible, debido a que esta institución carece de la calidad de persona comerciante, así pues, no constituyendo la Asociación en Participación una persona moral o jurídica, no puede ser declarada en quiebra como tal. Además, tampoco tiene el carácter de comerciante, pues no siendo persona, no puede tener los atributos de ellas ni estar comprendidas en el artículo 2º, de la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos.

Es por ello que no puede caer en estado de quiebra, pues en ella sólo pueden ser declarados los comerciantes, así pues, no es correcto hablar de quiebra de la Asociación en Participación, sino la quiebra del asociante propiamente dicho.

Bajo el mismo rubro, el artículo 257 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, señala como regla general el que: "Respecto a terceros, los bienes aportados pertenecen en propiedad al asociante, a no ser que por la naturaleza de la aportación fuere necesaria alguna otra formalidad, o que se estipule lo contrario y

se inscriba la cláusula relativa en el Registro Público de Comercio del lugar donde el asociante ejerce el comercio..." Sin embargo señala también dos excepciones importantes:

- 1.- Cuando la transmisión de la propiedad requiera de algún formalismo especial, ésta sólo se transmitirá si se cumple dicho formalismo. Tal es el caso de los bienes inmuebles cuya transmisión sólo puede hacerse por medio de escritura pública inscrita en el Registro Público de la Propiedad. Por lo tanto, los bienes inmuebles que ostente como suyos un asociante, sólo lo serán en realidad si existe la inscripción relativa en la mencionada institución.
- 2.- Cuando exista alguna estipulación restrictiva a la propiedad entre asociante y asociado, y dicha estipulación sea inscrita en el Registro Público de la Propiedad. Este es el caso de los bienes muebles que deben presumirse propiedad del asociante; sin embargo, puede existir estipulación en contrario, la cual, sólo surtirá efectos (frente a terceros) si se inscribe en el Registro Público, o si se prueba que dichos terceros tenían conocimiento de ella.

Tomando como base lo anterior, podemos decir que en caso de quiebra del asociante, éste responderá con todos sus bienes afectos, tanto los personales como los derivados de un Contrato de Asociación en Participación, y que cualquier tercero haya considerado legalmente como propiedad del asociante.

La quiebra es una situación jurídica, en que pueden sólo

caer los comerciantes, individuales o colectivos que han suspendido sus pagos, en concepto legal. Entonces, podemos hablar de la influencia que tiene la quiebra del asociante y la del asociado, en relacion con los efectos del Contrato de Asociacion, celebrados entre ellos. Se pueden presentar dos situaciones: cuando la quiebra es posterior al fin de la asociacion o cuando sobreviene subsistiendo esta. En el primer caso y tratandose de la quiebra del asociante, si aun no ha sido dada o aceptada la cuenta final, podra ser pedida y discutida de acuerdo con las disposiciones del contrato o de la ley. En el segundo caso, se producira el rompimiento simultaneo de la asociacion, debiendo procederse siempre a la entrega de la cuenta final, por quien deba hacerlo.

Dice al respecto Jorge Barrera Graf 14 : la quiebra del asociante no es causa de terminacion de la asociacion en participacion. En tal caso, el asociado figurara en la masa pasiva como acreedor del asociante fallido, no solo por utilidades devengadas y que aun no se le hubieran cubierto, sino tambien, por el reembolso de su aportacion, en el momento de hacer la distribucion del activo de la quiebra. Si entre los bienes aportados hubiere algunos cuya propiedad no se hubiere transferido al quebrado por titulo legal, definitivo e irrevocable corresponde al asociado el derecho de separarlos de la quiebra, mediante el ejercicio de la asociacion que corresponda ante el juez de la quiebra

(Art. 158 L Q); finalmente, si el asociado no hubiere cubierto la totalidad de su aportación, figurará como deudor de la parte no cubierta, así como la parte que le corresponda en las pérdidas en las que participe; y como acreedor del quebrado, por las utilidades devengadas que no le hubieran sido cubiertas, así como por el valor de los bienes que hubiere aportado, salvo que el contrato de A en P no le concediera el derecho al reembolso (Art. 128 Fr. V , inciso C).

En la quiebra del asociado, el asociante puede inscribirse como acreedor del asociado en relación con la aportación que éste se hubiere obligado a entregar (dinero, bienes, crédito) y que aún no hubiera dado o prestado. Se trataría de un contrato bilateral pendiente de ejecución, para lo que rigen los Art. 139, 140, 145, L Q".

Ahora bien, si de la quiebra resulta un saldo activo a favor del asociado o asociados, éstos podrán presentarse en la misma como acreedores de la masa, pero si resulta una diferencia pasiva, éste deberá pagarla al síndico, cosa que por otra parte no sucede en nuestro derecho, más que en el caso de que el asociado no haya cubierto parte o la totalidad de la aportación prometida, pues la ley establece la responsabilidad limitada de los asociados, salvo que se establezca lo contrario.

Cuando quedan operaciones pendientes, que interesan al asociado y que necesitan un desarrollo ulterior, ellas serán conducidas y liquidadas por el síndico de la quiebra.

Cuando la quiebra es del asociado o asociados, no siempre produce el rompimiento de la asociación, pero puede ser la causa de la renovación o resolución del contrato, cuando por ella vienen a disminuirse las aportaciones prometidas por el asociado y no proporcionadas aún. Es entonces que el asociante deberá rendir cuentas al síndico entregando el saldo activo, mientras que en el caso del saldo pasivo, se presentará como acreedor de la quiebra del asociado, en este concepto por la falta de entrega total o parcial de la aportación prometida, salvo que se pacte la responsabilidad ilimitada del asociado respecto del asociante.

El asociado, como cualquier acreedor, puede pedir la quiebra del asociante cuando éste, que se ha hecho deudor del capital y de las utilidades, no le paga puntualmente y viceversa, cuando lo que se prometió aportar fue una cantidad determinada de dinero y el plazo ya se cumplió sin que éste se haya entregado.

Lo dicho se deriva del carácter no social de la Asociación en Participación. Si ésta fuera una persona jurídica, si fuera una sociedad comercial, aun en el sentido interno solamente, cualquiera de los socios (asociante y asociados), debían responder limitada o ilimitadamente de las deudas u obligaciones de la asociación dentro de la proporción convenida, pudiendo exigir directamente cualquier acreedor a los asociados, el pago de lo que a cada uno corresponde de manera semejante que a los comanditarios en la sociedad en comandita; pero no teniendo los asociados más que un derecho de crédito respecto al asociante, afirmación está corroborada por el

hecho de que no pueden presentarse, dado el caso de quiebra del asociante, con el mismo carácter que un socio respecto a la quiebra de la sociedad de la cual él forma parte.

La quiebra del asociado carece de importancia y sólo podría dar lugar a la liquidación anticipada del contrato.

b).- La liquidación de la Asociación en Participación:

Por lo que respecta a la liquidación, nuestra Ley General de Sociedades Mercantiles, no ordena nada especial para la liquidación de este contrato asociativo. Es el artículo 259 que remite, a falta de estipulaciones especiales, a las reglas establecidas para las sociedades en nombre colectivo, en cuanto no pugnen con las disposiciones relativas a la asociación. Todas aquéllas, pues, que supongan la existencia de una sociedad, de un patrimonio social o común, no podrán aplicarse a la Asociación en Participación. Y es que siendo el asociante el dueño del negocio, él continúa administrándolo con el despacho de los negocios en curso, siendo a todas luces extraño que después de haber figurado frente a terceros como dueño exclusivo de la hacienda, quédase privado de esta condición al acabar la comunidad de intereses, por el nombramiento de liquidadores extraños al asociante, que debe y puede llevar dicha hacienda por su exclusiva cuenta, en lo sucesivo, la liquidación de la Asociación en Participación, es inconfundible con la de las sociedades comerciales. Estas tienden, en efecto, a una división del activo social sobre la base de igualdad de los socios,

mientras la liquidación de la Asociación en Participación no puede desmembrar la empresa, que era y sigue siendo el titular; no puede atender tampoco a su nombre comercial ni a su patrimonio: Se limita a la satisfacción en dinero u otros bienes, de la cuota de participación en las ganancias y pérdidas.

El momento decisivo para la liquidación de los actos entre las partes, es el de la disolución, el del rompimiento, las operaciones del asociante posteriores a tal momento no pueden entrar a formar parte de la cuenta por rendir.

En el mismo evento el balance debe hacerse el día de la cesación del contrato. El balance de clausura de la participación, no es aquél de clausura de ejercicio, sino debe hacerse en el día de cesación del contrato, poco importa si la clausura o terminación haya sido por la vía pacífica o por la contenciosa. Ahora bien, propiamente esta liquidación no es una liquidación verdadera en el sentido de realizar las operaciones jurídicas pendientes con terceros; es, más bien, un arreglo de cuentas limitado a la relación contractual entre el gestor y el participante. Limitada la liquidación a este aspecto interno, su consecuencia es la liberación en lo futuro de toda obligación contractual. La cuenta final podrá cerrarse con un activo o un pasivo según el caso, en favor o en daño del asociado, según el monto de las aportaciones de este superada o aminorada por las ganancias o pérdidas resultantes. En esta cuenta final las actividades derivadas de los balances precedentes a favor del asociado serán créditos activos de éste. La diferencia activa de

la cuenta, deberá ser satisfecha en efectivo, y si ha sido pactada la restitución de los bienes aportados, el asociado tendrá derecho a volver a recuperar la propiedad de ellos. Pero este derecho, no se puede hacer valer contra los terceros, y si las cosas por él conferidas hubiesen sido enajenadas, éste no podrá sino pedir el resarcimiento de los daños al asociante. En su derecho de reclamar los beneficios reconocidos en la cuenta, el participante no se considera como socio del gestor sometido, en tal concepto a la preferencia de los acreedores, no socios sino como acreedor del gestor al nivel de los demás (en virtud de que no tiene frente a él, sino un derecho de crédito, un derecho a la cuenta y a las utilidades que de ella resulten), por lo que toca a las cuentas pendientes en el momento de la disolución, es natural que el participante quede interesado en sus resultados, ya que tales asuntos son consecuencia del concurso de su capital y durante el periodo de vida del contrato de participación.

En el mismo orden y de acuerdo a la naturaleza del contrato en cuestión, son categóricamente inaplicables las reglas sobre liquidación de sociedades, pues ellas suponen, como ya dijimos un fondo común, una personalidad jurídica distinta. La incertidumbre que resulta de la laguna dejada por la ley al hacer una simple remisión a las normas dadas para la liquidación de las sociedades colectivas se manifiestan en las normas que mandan aplicar el artículo 259 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, mismo que sería la siguiente: Artículo 235 "La liquidación estará a cargo de

uno o varios liquidadores, quienes serán representantes legales de la sociedad y responderán por los actos que ejecuten excediéndose de los límites de su cargo. La aplicación de este artículo supone la existencia de la sociedad ya que habla de que los liquidadores serán representante de ésta.

En la asociación, sólo habría lugar a nombrar liquidador cuando el asociante haya cometido algún delito o conozca el negocio con dolo respecto del asociado o asociados, en virtud de quedada la naturaleza de esta asociación, el asociante es el que liquida la cuenta que tiene respecto al asociado, toda vez que esta asociación no es más que una relación particular interna que no produce efectos contra terceros.

Así mismo, tenemos que en la Asociación en Participación, el único administrador es el asociante, pero no el administrador de la asociación en particular sino de toda una hacienda propia, por lo que no habiendo un capital social de la asociación, ya que el que podría pensarse es propiedad del asociante, no puede entregarse, así como tampoco los libros o documentos de la asociación, pues la ley no exige que la asociación tenga libros y documentación propios, y éstos pues, de Derecho, no existen. No puede tampoco entregarse los del comercio entero del gestor ya que está prohibida, ya que daría lugar a la divulgación del secreto comercial y operaciones que el comerciante no puede consentir que se conozcan; y por lo que se refiere a la entrega del capital, la distribución de las ganancias o pérdidas entre los asociantes con los asociados, se hará

proporcionalmente de acuerdo a sus aportaciones.

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

Expuestas brevemente las doctrinas mencionadas y los capítulos sobre el particular, podemos hacer las siguientes conclusiones:

1.- La Doctrina General, principalmente la española y la italiana, niega rotundamente y por demás categóricamente que la Asociación en Participación, sea una sociedad; basándose principalmente en que no forma un ente colectivo propiamente dicho, y en que carece de personalidad jurídica propia y, consecuentemente, de todos y cada uno de los atributos propios a ella, como son: Razón social o denominación, domicilio, patrimonio, etc.

A mayor abundamiento y como ha quedado señalado con antelación, en el Derecho mexicano se acepta también que la Asociación en Participación no es una sociedad. En efecto, no obstante lo señalado por Mantilla Molina, relativo a fin común, aportaciones y vocación a las ganancias y a las pérdidas, por lo que debe afirmarse que estos elementos determinan cierta afinidad entre ambas instituciones; pero no por ello son lo suficientemente importantes como para hacer de la Asociación en Participación una verdadera sociedad.

En cambio, el hecho de que carezca de personalidad jurídica propia sí es muy importante, puesto que en México no existe ninguna

sociedad (legal) que carezca de ella.

2.- Por otra parte, la exposición de motivos de la Ley General de Sociedades Mercantiles, señala claramente la intención del legislador, respecto a las que deben considerarse como sociedades mercantiles, cuando se refiere al artículo 1º de la Ley (que determina cuáles son las sociedades mercantiles reconocidas por la ley), ahora bien, es menester señalar que la enumeración que hace la ley, no tiene el carácter de E N U N C I A T I V A, sino precisamente de L I M I T A T I V A; y para asegurar la vigencia del sistema, el proyecto adopta un criterio rigurosamente FORMAL, en lo que toca a la determinación del carácter mercantil de las sociedades.

Por lo tanto, el hecho de que el mencionado artículo 1º de la Ley General de Sociedades Mercantiles NO INCLUYA a la Asociación en Participación como una de ellas, debe considerarse de forma categórica como E X C L U Y E N T E.

3.- Mi opinión es en el sentido de que la Asociación en Participación NO ES UNA SOCIEDAD. Me baso, al afirmarlo, en los capítulos y consideraciones antes expuestas y además, en una cuestión de tipo histórico que de tomarse en cuenta, considero podría dar fin a todas las discusiones de carácter doctrinal relativas a si la Asociación en Participación es o no una sociedad.

Como se recordará (capítulo de antecedentes), el uso de la

práctica del contrato original de "Commenda" dió lugar a dos versiones diferentes del mismo: "La Commenda" normal, tal y como se inventó, y una variante especial: "La Commenda bilateral", en la cual se creaba un fondo común de carácter social, con el tiempo, la primera variante se convirtió en la Asociación en Participación que conocemos, y la segunda se transformó en la actual Comandita simple. Ahora bien, si se tratara de darle personalidad jurídica propia a la Asociación en Participación; ¿qué obtendríamos?, obtendríamos una sociedad en comandita, en la que el actual asociante se convertiría en socio comanditado con responsabilidad ilimitada; y los asociados en socios comanditarios con responsabilidad limitada al monto de sus aportaciones.

Ahora bien, adentrándonos al estudio minucioso del capítulo XIII, de la Ley General de Sociedades Mercantiles, diremos que la Asociación en Participación No tiene personalidad jurídica (Art. 253 de la ley en cita), reafirmando que este es el precepto que separa categóricamente a la Asociación en Participación de las sociedades mercantiles, considerando que es la premisa mayor de todo lo que se refiere a este contrato, amén de que no teniendo personalidad jurídica propia, no siendo la asociación un ente distinto de las personas de los asociados, es decir Persona moral, no puede tener los atributos de esta clase de personas como son: Nombre o razón social, patrimonio propio, domicilio, etc., no teniendo personalidad jurídica propia, no puede actuar frente a terceros como persona moral, ni puede obligarse la asociación, se

trata de un contrato como cualquier otro que persigue para las partes recíprocos beneficios sobrellevando ambas, los riesgos propios del comercio y que no tiene efectos más que entre las partes que lo celebraron (*Intuitus Personae*); pero frente a terceros, la asociación no existe como tal, para esto sólo figura el asociante y sólo respecto de éste contraen obligaciones y adquieren derechos.

Es por eso que el presente contrato, no disciplina una posterior actividad común de las partes, sino que regula tan sólo la participación del asociado en los negocios del asociante. Respecto a los terceros, los bienes aportados a la asociación, se presumen de propiedad del asociante excepto en el caso de pacto en contrario inscrito en el Registro Público de Comercio del lugar donde el asociante ejerce su actividad.

En efecto, el Contrato de Asociación en Participación, es de los que se celebran principalmente en atención a las personas que en él intervienen, siendo un factor determinante las calidades personales de los contratantes: crédito, confianza, honrabilidad, idoneidad, etc., es por ello que no encuadra y se encuentra fuera de lugar dentro de la reglamentación de la Ley General de Sociedades Mercantiles; en virtud de que se coloca después de tratar en general y en particular de todas las sociedades (teniendo todas y cada una de ellas, personalidad moral). Ahora bien, el artículo 25 del Código Civil vigente para el Distrito Federal, señala como personas morales las siguientes:

- I.-La nación, los estados y los municipios.
- II.-Las demás corporaciones de carácter público reconocidas por la ley;
- III.-Las sociedades civiles o mercantiles.
- VI.-Los sindicatos, las asociaciones profesionales y las demás a que se refiere la fracción XVI del artículo 123 de la Constitución Federal;
- V.-Las sociedades corporativas y mutualistas, y
- IV.-Las asociaciones distintas de las enumeradas que se propongan fines políticos, científicos, artísticos, de recreo o cualquier otro fin lícito, siempre que no fueren desconocidas por la ley.
- VII.-Las personas morales extranjeras de naturaleza privada, en los términos del artículo 2736.

A mayor abundamiento, diremos que las personas morales (sociedades), pueden definirse como aquellas entidades formadas para la realización de los fines colectivos y permanentes de los hombres, a las que el derecho objetivo reconoce capacidad para derechos y obligaciones.

Las personas morales han sido creadas para que realicen ciertos actos que el hombre, individualmente considerado no podría llevar a cabo.

Los atributos de las personas morales son:

- a).- Nombre;

- b).- Domicilio;
- c).- Estado;
- d).- Patrimonio.

Es necesario que las personas morales tengan un nombre, pues es preciso distinguirlas unas de otras para evitar invasión de sus actividades para que no se confundan y para que puedan entrar en relaciones jurídicas con los demás sujetos de derecho.

El domicilio de las personas morales, es aquél en donde han establecido su administración. Las que tengan su administración fuera del distrito o de los territorios federales, pero que ejecuten actos jurídicos dentro de las mencionadas circunscripciones, se consideran domiciliadas en el lugar donde las hayan ejecutado, en todo lo que a esos actos se refiere. Son sucursales las que operan en lugares distintos, de donde radica la casa matriz, tendrán su domicilio en esos lugares para el cumplimiento de las obligaciones contraídas por las mismas sucursales.

La nacionalidad de las personas morales, es decir, el estado de este tipo de personas está regulado por el artículo 5º, de la Ley de Nacionalidad y Naturalización, en los siguientes términos: son personas morales de nacionalidad mexicana, las que se constituyen conforme a las Leyes de la República y tengan en ellas su domicilio legal.

Las personas morales serían absurdas si no tuvieran un patrimonio para poder realizar los fines para los que fueron creadas. Las carencias de los medios patrimoniales significa su

extinción.

Esto explica pues, que no siendo la Asociación en Participación una sociedad, la mencionada ley no se ocupa de ella al tratar de éstas.

Por estas mismas razones, es inconducente que se reglamente el Contrato de Asociación en Participación en una ley destinada a Personas Morales. Este defecto en la clasificación del contrato, que por otro lado da lugar a serias confusiones, se debe seguramente a la similitud de su origen con la sociedad en comandita, que no debe tener ninguna relación con la propia Asociación en Participación.

4.- Ahora bien, del estudio anterior sobre el Contrato de Asociación en Participación y que se ha pretendido ser minucioso, concluimos que siendo la Asociación en Participación un contrato de muy frecuente uso en el tráfico comercial y dada la confusión que por su complejidad ha originado siempre, es necesario que su concepto se libere de equívocos, llenando en forma más acerdada que como hasta ahora, lo hace la Ley General de Sociedades Mercantiles, las lagunas de su reglamentación, sin que se remitan a las normas de las sociedades en una forma más amplia como lo hace el artículo 259, del ordenamiento legal antes invocado, pues prácticamente si tomáramos fielmente la última frase de este precepto que establece "en cuanto no pugnen con las disposiciones de este capítulo", aquéllos no tendrían aplicación.

**ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA**

5.- Es de desear pues, que precisamente por la noción vaga y muchas veces equivocada que sobre la Asociación en Participación prevalece en nuestro medio jurídico, se reglamente en una forma más amplia, más minuciosa y más particular, junto con los contratos mercantiles regidos por el Código de Comercio en su libro segundo título primero del capítulo segundo, precisamente por las diferencias profundas que guarda con las sociedades.

6.- No obstante lo anterior, la Asociación en Participación debe considerarse como un contrato mercantil (preparatorio, principal o accesorio), y nunca como una asociación civil o una sociedad civil o mercantil.

7.- Es preferible evitarle el nombre de "asociación", ya que no hay definición legal para Asociaciones Mercantiles y llamarlo mejor "Contrato de Cuentas en Participación".

8.- Reiterando pues, que su reglamentación sería más conveniente dentro del Código de Comercio y no en la Ley General de Sociedades Mercantiles, a fin de evitar muchas de las confusiones que actualmente se presentan al respecto.

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

- 1.-BALDO DEL CASTAÑO, VICENTE.
CONCEPTOS FUNDAMENTALES DEL DERECHO MERCANTIL.
EDITORIAL MARCOMBO BOIXAREU EDITORES.
EDICION TERCERA, BARCELONA, 1982.
- 2.-BARRERA GRAF, JORGE.
DERECHO MERCANTIL.
EDITORIAL PORRUA, S.A.
EDICION PRIMERA, MEXICO, D.F. 1989.
- 3.-BROSETA PONT, MANUEL.
MANUAL DE DERECHO MERCANTIL.
EDITORIAL TECNOS, S.A.
EDICION PRIMERA, MADRID, ESPAÑA, 1978.
- 4.-CARBAJAL. FLORES GOMEZ, FERNANDO.
NOCIONES DE DERECHO POSITIVO MEXICANO.
DISTRIBUIDO POR LA U.N.A.M.
EDICION SEPTIMA, MEXICO, D.F. 1972.
- 5.-CERVANTES AHUMADA, RAUL.
DERECHO MERCANTIL, S.A.
EDICION CUARTA, MEXICO, D.F. 1984.
- 6.-DE J. TENA, FELIPE.
DERECHO MERCANTIL MEXICANO.
EDITORIAL PORRUA, S.A.
EDICION DECIMA, MEXICO, D.F. 1980.
- 7.-DE PINA VARA, RAFAEL.
DERECHO MERCANTIL MEXICANO.
EDITORIAL PORRUA, S.A.
EDICION DECIMO TERCERA, MEXICO, D.F. 1980.

- 8.-DIAZ BRAVO, ARTURO.
CONTRATOS MERCANTILES.
EDITORIAL MEXICANA, COLECCION TEXTOS JURIDICOS
UNIVERSITARIOS.
EDICION TERCERA, MEXICO, D.F. 1989.
- 9.-ESTASEN, PEDRO.
INSTITUCIONES DE DERECHO MERCANTIL.
EDITORIAL REUS, S.A.
EDICION TERCERA, MADRID ESPANA, 1923.
- 10.-GARRIGUEZ, JOAQUIN.
CURSO DE DERECHO MERCANTIL
EDITORIAL PORRUA, S.A.
EDICION SEXTA, MEXICO, D.F. 1979.
- 11.-LANGLE Y RUBIO, EMILIO.
MANUAL DE DERECHO MERCANTIL.
EDITORIAL BOSCH CASA.
EDICION PRIMERA, BARCELONA, ESPANA, 1959.
- 12.-LORENZO, BENITO.
MANUAL DE DERECHO MERCANTIL.
PROPIEDAD DEL AUTOR.
EDICION PRIMERA. MADRID. 1929.
- 13.-MANTILLA MOLINA, ROBERTO L.
DERECHO MERCANTIL.
EDITORIAL PORRUA, S.A.
EDICION SEGUNDA. MEXICO, D.F. 1987.
- 14.-MUNOS, LUIS.
DERECHO MERCANTIL
EDITORIAL CARDENAS, EDITOR Y DISTRIBUIDOR.
EDICION PRIMERA, MEXICO, D.F. 1974.
- 15.-OLVERA DE LUNA, OMAR.
CONTRATOS MERCANTILES.
EDITORIAL PORRUA, S.A.
EDICION PRIMERA, MEXICO, D.F. 1982.

- 16.-PUENTE Y F, ARTURO; OCTAVIO CALVO MARROQUIN.
DERECHO MERCANTIL.
EDITORIAL BANCA Y COMERCIO.
EDICION CUARTA, MEXICO, D.F. 1950.
- 17.-REHME, PAUL.
HISTORIA UNIVERSAL DE DERECHO MECANTIL.
EDITORIAL, REVISTAS DE DERECHO PRIVADO.
MADRID, 1941.
- 18.-RIPERT, GEORGES.
DERECHO COMERCIAL.
EDITORIAL (T E A) TIPOGRAFIA EDITORIAL ARGENTINA.
EDICION PRIMERA, BUENOS AIRES, 1954.
TRADUCCION DE FELIPE DE SOLA CARIZALES.
- 19.-SOTO ALVAREZ, CLEMENTE.
PRONTUARIO DE DERECHO MERCANTIL.
EDITORIAL LIMUSA, S.A. DE C.V.
EDICION PRIMERA, MEXICO, D.F. 1985.

L E Y E S Y C O D I G O S

- I.- LEY GENERAL DE SOCIEDADES MERCANTILES.
- II.- LEY DE QUIEBRAS Y SUSPENSION DE PAGOS.
- III.- CODIGO DE COMERCIO Y LEYES COMPLEMENTARIAS.
- IV.- CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.
- V.- JURISPRUDENCIA 1917-1985, APENDICE AL SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION, CUARTA PARTE DE LA TERCERA SALA, EDICIONES MAYO.