



14/28

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

EL CONTRATO DE ASOCIACION EN PARTICIPACION
EN EL DERECHO COMPARADO

T E S I S

QUE PARA OBTENER
EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A

MARCO ANTONIO ASCENCIO ROSAS

MEXICO, D. F.

1982



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 esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

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

TESIS CON FALLA DE ORIGEN

INDICE

	<u>pág.</u>
EL CONTRATO DE ASOCIACION EN PARTICIPACION EN DERECHO COMPARADO.	1
PREAMBULO.	2
CAP. 1.- ORIGEN Y EVOLUCION DE LA ASOCIACION EN PARTICIPACION.	3
1.1.- NOCIONES PRELIMINARES.	4
1.2.- EN LA EDAD ANTIGUA.	5
1.2.1.- EN BABILONIA.	5
1.2.2.- EN GRECIA.	8
1.2.3.- EN ROMA.	10
1.3.- EN LA EDAD MEDIA.	14
1.4.- EN LA EDAD MODERNA.	20
1.5.- OPINION PERSONAL.	27
CAP. 2.- DIRECTRICES FUNDAMENTALES DE LA ASOCIACION EN PARTICIPACION EN MEXICO.	29
2.1.- INTRODUCCION.	30
2.2.- CONCEPTO LEGAL Y DOCTRINAL.	32
2.2.1.- CONCEPTO LEGAL.	32
2.2.2.- CONCEPTO DOCTRINAL.	36
2.2.3.- TERMINOLOGIA.	39
2.3.- CONSTITUCION Y CLASES.	40
2.3.1.- CONDICIONES DE FORMA.	40
2.3.2.- PUBLICIDAD Y REGISTRO.	43
2.3.3.- CAPACIDAD Y NECESIDAD DE LA CONVENCION.	45
2.3.4.- DIFERENTES CLASES DE ASOCIACION EN PARTICIPACION.	49
2.4.- NATURALEZA JURIDICA.	51
2.5.- REGIMEN JURIDICO DE LAS APORTACIONES.	59
2.6.- ESTRUCTURA.	62

II

	pág.
2.7.- RELACIONES JURIDICAS INTERNAS Y EXTERNAS.	65
2.7.1.- DERECHOS Y OBLIGACIONES DE ASOCIANTE Y ASOCIADO ENTRE SI,	66
2.7.2.- REPARTO DE PERDIDAS Y GANANCIAS.	68
2.7.3.- RELACIONES CON TERCEROS.	72
2.8.- REGIMEN FISCAL.	74
2.9.- EXTINCION.	76
CAP. 3.- EL CONTRATO DE ASOCIACION EN PARTICIPACION EN EL DERECHO COMPARADO.	80
3.1.- EN ITALIA.	81
3.1.1.- INTRODUCCION.	81
3.1.2.- CONDICIONES DE VALIDEZ DEL CONTRATO.	86
3.1.3.- CARACTERES JURIDICOS DEL CONTRATO DE ASOCIACION EN PARTICIPACION ITALIANO.	87
3.1.3.1.- LAS APORTACIONES Y LA AUSENCIA DE FONDO COMUN.	87
3.1.3.2.- SUS CLASES.	89
3.1.4.- FUNCIONAMIENTO DEL CONTRATO Y SU DISOLUCION.	92
3.2.- EN FRANCIA.	95
3.2.1.- INTRODUCCION.	95
3.2.2.- CONDICIONES DE VALIDEZ DE LA SOCIEDAD.	98
3.2.3.- SUS CLASES.	100
3.2.4.- CARACTERES JURIDICOS DE LA SOCIEDAD EN PARTICIPACION FRANCESA.	101
3.2.4.1.- LAS APORTACIONES.	102
3.2.5.- FUNCIONAMIENTO DE LA SOCIEDAD Y SU DISOLUCION.	103
3.3.- EN ESPAÑA.	105
3.3.1.- INTRODUCCION.	105
3.3.2.- CONSTITUCION, CONDICIONES DE VALIDEZ Y SUS CLASES.	106

III

3.3.3.- CARACTERES JURIDICOS DE LA CUENTA EN PARTICIPACION ESPAÑOLA.	109 108
3.3.3.1.- CARACTER OCULTO Y AUSENCIA DE PERSONALIDAD.	108
3.3.3.2.- LAS APORTACIONES Y LA AUSENCIA DE FONDO COMUN.	110
3.3.4.- FUNCIONAMIENTO DE LA CUENTA EN PARTICIPACION Y SU DISOLUCION.	112
3.4.- EN ALEMANIA.	116
3.4.1.- INTRODUCCION.	116
3.4.2.- CONSTITUCION Y CLASES DE LA SOCIEDAD TACITA.	119
3.4.3.- CARACTERES JURIDICOS DE LA SOCIEDAD TACITA ALEMANA.	121
3.4.3.1.- PERSONALIDAD JURIDICA.	121
3.4.3.2.- LOS APORTES.	122
3.4.4.- FUNCIONAMIENTO DE LA SOCIEDAD TACITA Y SU DISOLUCION.	123
3.5.- EN ARGENTINA.	127
3.5.1.- INTRODUCCION.	127
3.5.2.- CONDICIONES DE VALIDEZ.	130
3.5.3.- SUS CLASES.	132
3.5.4.- CARACTERES JURIDICOS DE LA SOCIEDAD EN PARTICIPACION ARGENTINA.	134
3.5.4.1.- CARACTER OCULTO, AUSENCIA DE PERSONALIDAD Y PERSONALIDAD IDEAL.	134
3.5.4.2.- LAS APORTACIONES Y EL FONDO COMUN.	136
3.5.5.- FUNCIONAMIENTO DE LA SOCIEDAD Y SU DISOLUCION.	138

IV

3.6.- EN URUGUAY.	142
3.7.- EN CHILE Y EN COLOMBIA.	144
3.7.1.- INTRODUCCION.	144
3.7.2.- CONDICIONES DE VALIDEZ Y SUS CLASES	146
3.7.3.- CARACTERES JURIDICOS DE LA ASOCIACION EN PARTICIPACION CHILENA Y COLOMBIANA.	148
3.7.3.1.- CARACTER OCULTO Y AUSENCIA DE PERSONALIDAD.	148
3.7.3.2.- LAS APORTACIONES Y LA AUSENCIA DE FONDO COMUN.	149
3.7.4.- FUNCIONAMIENTO DEL CONTRATO Y SU DISOLUCION.	151
3.8.- OTRAS LEGISLACIONES QUE TAMBIEN REGLAMENTAN LA ASOCIACION EN PARTICIPACION.	153
3.9.- LEGISLACIONES QUE NO REGLAMENTAN LA ASOCIACION EN PARTICIPACION.	155
CONCLUSIONES.	157
BIBLIOGRAFIA.	160

EL C O N T R A T O D E
A S O C I A C I O N E N
P A R T I C I P A C I O N E N
E L D E R E C H O C O M P A R A D O .

P R E A M B U L O

El presente trabajo es una tesis y tesis según el diccionario de la Lengua Española, de la Real Academia, significa: "Dissertación escrita que presenta a la universidad el aspirante al título de doctor en una facultad".

Pero no obstante ese significado, debo reconocer a mi mismo que me falta mucho, pero en verdad mucho, para llegar a ser 'doctor' y menos doctor en derecho, puesto que la Ciencia del Derecho es tan vasta que — estoy seguro que el lector estará de acuerdo conmigo — nunca llega a dominarse, en el campo del Derecho jamás deja de aprenderse.

Así pues, este estudio aunque calificado de tesis, no pretende presentar una "dissertación docta" de la Asociación en Participación en el Derecho Comparado, por el contrario, solo es una modesta proposición para obtener una licenciatura, -- por ello ruego al lector su benevolencia y comprensión para los errores que haya cometido durante su elaboración.

Debo aceptar que al principio, no tenía idea de la importancia y atractivo que la Asociación en Participación, tiene en la vida comercial y por lo mismo debo darle crédito al Lic. Justo Nava N. por su atinado consejo para desarrollarla, ya que me ha permitido conocer de manera elemental uno de los más grandes inventos del hombre. La persona que hojee este estudio se dará cuenta del porqué de mi afirmación, sin más explicación que la lectura de las páginas siguientes en las cuales a pesar de sus defectos he puesto mi mejor esfuerzo. gracias.

CAPITULO 1.- ORIGEN Y EVOLUCION DE LA ASOCIACION EN PARTICIPACION.

1.1. NOCIONES PRELIMINARES

Según el código civil, existe sociedad cuando los socios se obligan mutuamente a combinar sus recursos o sus esfuerzos para la realización de un fin común, de carácter preponderantemente económico; aunque semejante, esto no concuerda con la imagen que presenta la asociación en participación.

Lo que nuestra Ley General de Sociedades Mercantiles denomina asociación en participación, y que como veremos, en otras legislaciones recibe diversos calificativos, es en términos generales una fórmula jurídica mediante la cual una persona participa ocultamente en el resultado de la actividad comercial de otra, exponiendo tan sólo una suma determinada y sin la obligación de intervenir en la gestión.

El gran maestro León Bolaffio, ha dicho que son dos las formas por las cuales se puede participar en las operaciones comerciales de un tercero limitadamente; por la sociedad en comandita y por la asociación en participación. Esta es la razón por lo que muchos autores consideran que la asociación en participación es una sociedad, opinión que han recogido los legisladores de algunos países.

Por la asociación en participación no se crea una nueva persona jurídica, por lo que se carece de una autonomía patrimonial. Tampoco existe firma ni denominación social, ni mucho menos relaciones entre los terceros contratantes y los participantes, porque aquéllos no conocen la existencia de la convención y contratan solamente con el titular del negocio, al cual se han asociado secretamente los participantes.

Tales son las nociones generales que conforman esta institución; y a lo largo de este estudio conoceremos otras singularidades que la hacen todavía más especial, lo que nos hará concluir que no se trata de una sociedad, sino de un contrato, contrato que bien podemos denominar como Contrato de Asociación en Participación.

Su existencia, su origen y evolución, así como su importancia, no podemos separarlas del contexto comercial que priva en el medio humano. Creemos que la asociación en participación es otro de los grandes inventos que el hombre ha realizado en la vida comercial, como lo son el crédito, los títulos de crédito y las sociedades mercantiles, creaciones a las que, el hombre debe en buena medida el grado de adelanto y civilización que ha logrado.

Es la asociación en participación, una institución jurídico mercantil universal. Por ello consideramos fundado el sistema de exposición que mantendremos, analizando primeramente su origen y evolución en el contexto mercantil de todos los tiempos, para que una vez que la hayamos estudiado en nuestro país enriqueciéndola con los pareceres doctrinarios y legales de otros lugares, la examinemos tal cual se le conoce en otros países, con objeto de estar así en posibilidad de evaluar si nuestra legislación es o no acorde con la realidad.

1.2. EN LA EDAD ANTIGUA

1.2.1. EN BABILONIA

De Babilonia es precisamente al amorita Hammurabi, el rey más famoso de su dinastía y a quien le corresponde el primer sitio como legislador, de ---- quien conocemos el "Código Hammurabi"; una ley cuya compuesta por 282 artículos y que data de los últimos años de su reinado, la cual ha llegado a - nosotros casi íntegramente.

De los textos jurídicos antiguos, es el más extenso que conocemos, se trata de una recopilación de leyes antiguas y primordialmente de normas de derecho consuetudinario. (1)

El Código de Hammurabi regulaba entre otros aspectos, la vida estatal, misma que aparece muy desarrollada; el tráfico en general, aunque la base de la vida económica -que era dineraria- radicaba en la agricultura y ganadería; igualmente encontramos preceptos aplicables a los médicos y a los --- maestros de obras, pero no hallamos normas especiales para los comerciantes como tales, por lo que el comercio en ese sentido estaba relegado a un segundo plano.

Por otra parte, dicho código contempla disposiciones relativas al contrato de depósito en general, y el depósito de granos en lo particular, prescribiendo la forma escrita y regulando la responsabilidad del depositario; además el contrato de mediación, la sustitución o representación, el pago - por medio del mandato, así como títulos abstractos de deuda o con cláusula de "al portador", pero nada indica que estos preceptos fueran considerados con carácter mercantil.

Desafortunadamente parte de la esquila de Hammurabi aparece borrada, motivo por el cual nos encontramos con una laguna sumamente difícil de reconstruir de aproximadamente 35 artículos, de los 282 que la componen, y es -- justo donde acaba la laguna mencionada, donde aparentemente comienza la es casa serie de normas que, conectadas entre sí, regulaban la materia que -- nos interesa, específicamente la sociedad que, sin que así la llamaran, -- fue conocida por los babilonios.

No obstante la mutilación de la esquila, tenemos certeza al decir que los artículos 101 al 107 tratan de la relación jurídica entre dos personas, en

1.- Paul Rehne, Historia Universal del Derecho Mercantil, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1941 p. 35 y 40.

la cual una de ellas entrega a la otra dinero o géneros para obtener un beneficio. Dinero para emprender operaciones de tipo bancario o para comprar mercancías y después venderlas, o géneros para venderlos también.

De esta manera los artículos 100, 105 y 106 son relativos a la entrega de dinero para la obtención de un beneficio; el 104 relativo a la entrega de mercancías para la obtención de un beneficio, y el 103 y 107 prevén ambos casos, mientras que solamente un artículo, el 102, considera un préstamo - esa entrega, y sólo el artículo 101 contempla el caso en que no haya beneficios.

Aunque los artículos mencionados no señalan directamente este repartimiento de los beneficios, parece ser que sí existe. Lo anterior se deduce, por que los artículos 100 y 104 consignan la obligación, por parte de quien recibe el dinero o los bienes, de entregar íntegramente los beneficios a --- quien entrega inicialmente, y puesto que nadie trabaja gratuitamente, y la escuela de Hammurabi nada dice respecto a la retribución que obtiene el -- tratante, por la actividad realizada, lógico es creer, que el repartimiento de beneficios entre capitalistas y tratante, sí existe y que se realiza posteriormente.

Por otro lado el artículo 103 establece que es el propietario o capitalista, quien corre con el riesgo de la eventual pérdida de la cosa, y por el fracaso de la operación es responsable el tratante o agente, y es éste --- quien tiene la obligación de llevar y rendir cuentas según los artículos - 100 y 104.

Distintos son los calificativos, que las diversas traducciones han otorgan a los participantes de esta institución, a saber: "comerciante y tratante"; "capitalista y mandatario"; "negociante o intermediario", etc.. Podemos decir que el "capitalista o propietario" es quien entrega el dinero o las mercancías, y el "agente o tratante", quien las recibe. (2)

Las expresiones no nos permiten conocer con exactitud, la calidad de los participantes, ya que la calidad de quien recibe, dependerá de la que se le otorgue a quien entrega. Paul Rehme, interpreta esta figura como una comenda (lo que según él no contraría en lo más mínimo cualquiera de los preceptos, ni ninguna otra interpretación) sobre todo si es que existe un reparto del beneficio entre una y otra parte.

Lo cierto es que el código de Hammurabi sí reguló el contrato de sociedad (3). Felipe Solá de Cañizares, quien al opinar sobre el particular agrega

2.- Paul Rehme, op. cit. p. 45

3.- Cervantes Ahuñada Raúl, Derecho Mercantil, Ed. Herrero, S.A., México, D.F., 1980 p.4

como relativos a la sociedad los artículos 98 y 99 del código, considera - que la sociedad contemplada por el código se asemeja a la asociación en -- participación, aunque también la menciona como semejante a la sociedad en comandita. Pero como "en Babilonia la sociedad no tenia personalidad civil, esta especie de comandita se parecia mucho a la sociedad en participación, pues un solo socio se conocia en las relaciones externas". (4)

Contiene otras disposiciones el Código Hammurabi, pero que por no relacionarse con la materia no se mencionan, sin embargo cabe hacer notar que el antiguo Derecho Babilónico permaneció sin cambio notorio a pesar de las luchas y dominaciones que se sucedieron, inclusive en lugar de desaparecer, motivo de la hegemónicas como las de persas y caldeos, influyó sobre éstas como lo demuestra la recepción que del derecho babilónico de las obligaciones tuvieron los persas.

Hubo de pasar mucho tiempo, siglo VI de la era precristiana, para que lo referente a la sociedad alcanzara florecimiento mayor, estamos todavía en la región de Babilonia, pero ahora como una provincia persa, y encontramos aquí una figura importante para el derecho mercantil, en lo que hace a sociedades, una sociedad con aportación de capital unilateral o bilateral, -la Commenda- y junto a ella, pero con mucha menos frecuencia, una sociedad que correspondería a nuestra moderna sociedad en nombre colectivo, en la que todos los socios, fueran libres o esclavos, participaban en el capital y en las operaciones mercantiles. (5)

4.- Felipe Solá de Cañizares, El Contrato de Participación en el Derecho - Español y el Derecho Comparado, D.L. Revista de Derecho Privado, Madrid 1954, p. 5.

5.- Paul Rehme, op. cit. p. 48.

1.2.2. EN GRECIA

Los primeros vestigios de la historia antigua de Grecia, nos demuestran -- una marcada influencia de las culturas egipcia y babilónica. Los griegos -- las recibieron principalmente por los fenicios, quienes propagaban la cultura y el comercio por todo el Mediterráneo, aunque por tierra los hititas también lo hicieron. Así reciben por el siglo X A.C. la escritura, pero la escritura alfabética fenicia y no la cuneiforme sumeria.

Desde esa época se siente la influencia del Derecho Babilónico, mismo que debió haber llegado a Grecia muy maduro en cuanto al comercio, puesto que las economías de babilonios, hititas y fenicios, tenían por base una economía dineraria.

Es lamentable la ignorancia que tenemos respecto al derecho mercantil de -- la civilización fenicia, el pueblo más importante de la época en lo que al comercio se refiere, porque es de suponerse que de haber existido debió -- haber obtenido un grado excepcional. Grecia en cambio aún no había superado la economía campesina.

Es hasta el siglo VII A.C., cuando una nueva era comienza en Grecia, sus -- manifestaciones alcanzan todos los aspectos de la cultura, y se inicia un cambio del orden jurídico, apareciendo las leyes de Zaleuco y las leyes de Charondas que suelen considerarse como los textos jurídicos más antiguos -- de Grecia. (6)

En Atenas Draco y Solón, promulgaron leyes por los años 624 y 594 respectivamente, en cambio Licurgo en Esparta prohibía la fijación escrita del -- derecho, también se sabe del derecho que existió en la ciudad de Gortyna -- en Creta, de los siglos VII y V A.C.. Pero de esas leyes sólo tenemos noticias escasas, y es que no nos llegó evidencia suficiente, como para afirmar que hubo una verdadera literatura jurídica entre los griegos.

Sabemos ciertamente que en el siglo VII A.C. aparece en Grecia la economía dineraria, que poco a poco va substituyendo a la campesina y así, los comerciantes van siendo conocidos y aceptados paulatinamente. De esta manera Zaleuco mantiene una resuelta oposición frente al comercio; Draco apenas considera las nuevas corrientes; Solón por el contrario permite un tráfico libre, concede libertad para fijar el tipo de interés en las operaciones y -- establecer la libertad de asociación, con lo que promueve el progreso de -- Atenas, haciendo de ella una plaza comercial.

6.- Paul Reame, op. cit. p. 50

En aquella época el comercio que se ejercía en Grecia era marítimo primordialmente, y por ello las instituciones que florecen se relacionan con el derecho marítimo, tales como el "nauticum foenus", y tribunales de comerciantes entre los griegos; averfa gruesa, préstamo a cambio marítimo y seguro en la Isla de Rodas. (7)

Así tenemos por lo que se refiere a nuestra materia, la existencia de sociedades de socorros denominadas "Eranas" y cuyos miembros eran los "eranistas", y éstos han sido considerados en Grecia como constituyentes de una corriente embrionaria hacia la asociación. (8)

Por lo que hace a las sociedades mercantiles que existieron en buen número, no estaban reguladas por disposiciones especiales, con excepción de la comenda cuya existencia como tal consta con certeza, con aportaciones del capital tanto unilateral como bilateralmente. (9)

Reconocido el derecho de asociación, todas las sociedades y asociaciones se formaban y organizaban libremente, conforme el deseo y las necesidades de quienes las constituían, y gozaban ciertamente de personalidad jurídica. Pero esta personalidad no resultaba de una imposición legal, sino de la voluntad de los socios, de suerte que los socios podían crear una sociedad sin personalidad jurídica. Y dice Solá de Cañizares que "esto permite afirmar la existencia de la sociedad en participación en Grecia". (10)

Cabe hacer mención que los griegos tuvieron también conocimiento de otras importantes instituciones jurídico mercantil, como el préstamo prendario, la carta de crédito y las actividades bancarias tanto privadas como estatales. Por lo que se afirma que en el derecho griego clásico (siglo V y IV A.C.), ya se contaba con los principios generales básicos que determinan la estructura de las instituciones mercantiles modernas.

7.- Coinciden en esto Cervantes Alameda, op. cit. p. 4 y Jorge Barrera Graf, Tratado de Derecho Mercantil, Ed. Porrúa, México, D.F., 1957 p. 51.

8.- Arturo Puente y Octavio Calvo, Derecho Mercantil, Ed. Banca y Comercio, México, D.F., 1967 p. 49.

9.- Reberre, op. cit. p. 52.

10.- Solá, op. cit. p. 5.

1.2.3. EN ROMA

En relación a la historia jurídica de Roma se cuenta con documentos en --- buen número, que nos auxilian en ello, a diferencia de Grecia y Babilonia. En cuanto a la cultura, Roma recibe una gran influencia de Grecia, por lo que a su economía se refiere, antes de que consolidara su imperio, había ya superado su economía campesina y ganadera, aunque no contara para entonces con un comercio importante y maduro, puesto que, el tráfico de mercancías se efectuaba en el mercado directamente de productor a consumidor.

Es precisamente durante el imperio en que Roma alcanza, además de sus conquistas en otros ámbitos, un alto grado de desarrollo en su comercio, no sólo marítimo sino terrestre, teniendo el carácter de universal.

En vista de lo anterior, Goldschmidt (11) afirma que el comercio alcanzó en el pueblo romano una altura, comparable a la de su prodigioso desenvolvimiento político, sin que haya sido obstáculo para ese desarrollo, la carencia de un conjunto de normas especiales jurídicas, llamadas a regir aquella multiplicidad de relaciones surgida del comercio.

Lo anterior es cierto, los romanos no contaron con un derecho mercantil -- tal cual, sino que tenían el "Ius civile", que no se oponía a la actividad mercantil, y contaron con el "Ius gentium" el cual se acomodaba fundamentalmente a la actividad comercial, y que había nacido como consecuencia de -- ella.

Los romanos no contaron con derecho mercantil porque su derecho evolucionaba; se iba transformando y amoldando a las nuevas condiciones de la vida -- real; pudo ir incorporando una tras otra, a todas las nuevas instituciones que brotaban a impulso de los progresos comerciales, y esta vida, esta amplitud, esta flexibilidad del gran cuerpo del derecho civil de Roma, hacen perfectamente inútil la secesión del Derecho Mercantil. (12)

De esta manera, a través del tiempo, se llegó a una serie de instituciones de carácter mercantil como la banca, títulos a la orden y al portador, y -- el tráfico marítimo, pero no se contó con expresiones técnicas para designar al comercio.

11.- Citado por Felipe de J. Tena, Derecho Mercantil Mexicano, Ed. Porrúa, México, D.F. 1978 p. 24.

12.- Manuel Cervantes, las Diversas Clases de Sociedad Mercantil y Civiles, Printing Art, México, D.F. 1915 p. 10.

Es necesario considerar que en los textos jurídicos romanos, muchas instituciones no aparecen más que encubiertas como es el caso de la commenda, y en cuanto a la explotación capitalista, la commenda bancaria, en la que, la participación se encontraba limitada a una sola de las partes. (13)

También se tiene noticia de que los pequeños comerciantes como los artesanos eran mal considerados, en cambio el gran comerciante gozaba de mucho prestigio. Surgiendo por lo tanto, capitalistas que realizaban diversas transacciones como la comercialización de granos entre provincias y municipios.

Por lo que se refiere a la empresa, la misma era predominantemente individualista, puesto que pocas veces se citan en las fuentes las asociaciones o gremios de comerciantes, a diferencia de las corporaciones religiosas -- con fines de culto. No obstante la libertad de asociación, estaba reconocida desde el derecho de las XII tablas.

En el derecho de las obligaciones, y como fuente de éstas, los romanos conocieron ampliamente los contratos, los que contemplaron diversas categorías y especies de ellos, como el préstamo, la fianza, el depósito, la prenda, la compra venta y desde luego el contrato de sociedad. La sociedad estaba evidentemente dentro del derecho civil, pero no hay duda que algunas de estas sociedades tenían carácter mercantil.

De esta manera el contrato de sociedad, era aquel por el cual, dos o más personas ponían en común determinados objetos o sus energías, o una combinación de ambos, para dedicarse a determinadas actividades y repartirse los resultados. (14) Dicho contrato era consensual y de carácter "intuitu personae". Además de bi o multilateral y de buena fé.

Los romanos dividieron a las sociedades en universales y particulares. Esta división atendía a la cuantía de las aportaciones de los socios. Universales eran dos, la sociedad de todos los bienes que tuvieran los socios y la sociedad de todas las ganancias de los socios por esfuerzo propio, o sea que ésta no comprendía como la primera, legados o donaciones.

Las sociedades particulares en cambio, comprendían sólo una parte del patrimonio de los socios, y se dividían en tres clases: las formadas para la realización de algún negocio determinado, ej. la venta de pieles. Las formadas para comprar al estado las rentas públicas, y las sociedades singula

13.- Paul Rehue, op. cit. p. 58.

14.- Guillermo Floris Margadant S., El Derecho Privado Romano, Editorial - Esfinge, S.A. México, D.F. 1975 p. 421.

res, que estaban constituidas para explotar una cosa única, por ej. un terreno o un esclavo(15). En realidad la segunda de ellas, cabe dentro de la primera categoría de sociedad particular, pero se le consideraba aparte, puesto que era regida por normas especiales.

El Dr. Floris Margadant(16) dice que la eficacia de la sociedad era interna más no externa, por ello no era un centro de imputación de derechos y obligaciones y cada negocio de un socio, repercutía en primer término en el patrimonio del socio que lo había llevado a cabo; también indica que -- las aportaciones de bienes, hechas por los socios, no eran transmisiones a la sociedad sino que solían convertirse en corpropiedad de los socios. -- Las pérdidas y ganancias se hacían por partes iguales, salvo pacto en contrario y si se había pactado el repartimiento de ganancias solamente, las pérdidas, cuando las había, se repartían en la misma proporción.

El pacto que excluía a un socio de las ganancias, quitaba su carácter a la sociedad, para considerarlo como una donación.

Igualmente, por el carácter de ser una sociedad de personas, si un socio cedía a un tercero su parte social, los demás no estaban obligados a reconocer dicha cesión y lo mismo podía decirse si se trataba de un subsociedad de un socio con un tercero, respecto a su parte en la sociedad. Inclusive, si los socios querían continuar la sociedad con el heredero del socio difunto, debían disolver la antigua sociedad y formar una nueva.

La sociedad se extinguía por voluntad de los socios, por muerte o concurso de alguno de ellos, por la falta de objeto social y por medio de la "actio" pro-socio dado el carácter personal de la sociedad.

Por su parte Brunetti(17) afirma que en la "societas" romana los socios -- eran singularmente propietarios de los bienes, acreedores de los benefi--- cios y deudores de las obligaciones sociales. En las relaciones con los -- terceros se obligaban personalmente y la responsabilidad que se derivaba -- era independiente a la existencia de la sociedad, generalmente ignorada -- por el público. De tal manera que, no sólo no existía la idea de que la -- sociedad fuera un sujeto distinto a los socios sino que éstos seguían sien--- do individualmente titulares de los bienes destinados al ejercicio social. En este orden de ideas Manuel Cervantes dice que: "La sociedad romana, en su forma típica y ordinaria, fue una sociedad oculta, sin existencia legal para los acreedores o terceros, y sólo producía efectos jurídicos, respecto de los socios entre sí. En ella el gerente, trataba y manejaba los nego---

15.- Manuel Cervantes, op. cit. p. 7 y sigs. también Floris Margadant, op. cit. p. 423.

16.- op. cit. p. 422.

17.- Antonio Brunetti, "Tratado del Derecho de las Sociedades, Tomo I, Unión Tipográfica, Ed. Hispano Americana (U.T.E.A.) Buenos Aires, Arg. 1960, p. 397.

cios sociales en su propio nombre personal, no en el de la sociedad como - persona jurídica, ni el de los demás socios.

Para este autor, las asociaciones en participación "tienen su origen en el derecho romano, o mejor dicho, son la sociedad tal cual estaba organizada por las leyes de la antigua Roma". (18)

A lo anterior, hay que agregar la opinión de Luis Muñoz, quien al analizar los antecedentes de la sociedad en comandita simple dice: "Las sociedades privadas en Roma, eran muy semejantes a nuestras asociaciones en participación". (19)

Aunque no lo dice expresamente, Lorenzo Benito(20), acepta la existencia - de la asociación en participación, en la Roma antigua. Señala que el derecho mercantil, conoció desde muy antiguo, verdaderas asociaciones en participación, en los beneficios entre los tripulantes, y los cargadores o navieros contemplados por las disposiciones del derecho marítimo; igualmente dice que la regla general en el derecho romano era que el socio tácito no figuraba frente a los que trataban con su compañero, ventaja que esta sociedad tenía frente a la sociedad en nombre colectivo de la Edad Media.

Por otra parte Felipe Solá de Cañizares(24) dice que afirmar la existencia de la participación en Roma es aventurado, y que en todo caso las fórmulas romanas más o menos semejantes, no son el origen de la participación moderna. No obstante acepta en cambio, la existencia de la comenda, que subsiste en el derecho posterior bizantino y en el derecho islámico.

A la muerte de Teodosio I, en el año de 395 D.C., se divide el imperio, y surgen el Imperio Romano de Oriente o Bizantino y el Imperio Romano de Occidente. El imperio de bizancio siguió su comercio con oriente hasta el siglo XII, y su derecho continuó siendo antiguo derecho romano que en lo esencial no sufrió modificaciones.

18.- op. cit. p. 24 6 136.

19.- Luis Muñoz, Derecho Mercantil, Tomo I, Librería Herrero, México, D.F. 1952, p. 451.

20.- Lorenzo Benito, Manual de Derecho Mercantil, Tomo III, Madrid, 1929, p. 158.

21.- op. cit. p. 5.

1.3. EN LA EDAD MEDIA

Con las invasiones de los bárbaros cae el Imperio Romano de Occidente y -- del año 476 D.C. hasta 1453 D.C. con la caída del Imperio Romano de Oriente, nos encontramos con la Edad Media. En esta época, pierde vigencia el -- Corpus Iuris Romano, y los pueblos y las comunidades van elaborando sus -- propias costumbres y sus propias leyes, siendo los mercaderes marítimos, -- quienes empiezan con esta práctica, estableciendo sus propios tribunales, que llamaron consulados, porque sus jueces, al igual que entre los romanos antiguos, se llamaban cónsules. De esta manera los primeros documentos que recibimos de la Edad Media, son sólo recopilaciones de sentencias y de derechos consuetudinarios. (22)

Los cónsules tenían la misión de juzgar y decidir sobre los conflictos sus citados en los mercados, y así comenzaron a crearse ciertas normas jurídicas especiales para los comerciantes, conforme a las cuales se decidían -- esas controversias, que apartándose del derecho civil, establecieron una -- manera particular de reglamentar la circulación de bienes. Nacieron así, -- los "Estatutos" de las corporaciones de comerciantes que contenían las dis -- posiciones relativas al derecho, los cuales fueron cobrando auge, de tal -- manera que llegaron a tenerlos casi todas las ciudades del medioevo.

Las corporaciones gozaban de autonomía y jurisdicción propia, y su estatuto o constitución, era un reflejo de la ciudad en que operaban. En algunos sitios se encuentra al lado de ese derecho estatuario escrito, la formulación por separado del derecho consuetudinario. Esto hizo progresar y hacer más activas las legislaciones locales, aunque en muchas ciudades no hubo -- derecho escrito.

Cada vez van apareciendo más disposiciones relativas a los comerciantes co -- mo tales, y el derecho mercantil se va abriendo paso en esos estatutos, te -- niendo por consiguiente, el carácter de derecho profesional o de clase, lo -- grande figurar en una parte especial de los mismos, parte en la que de ma -- nera constante se regulaba el derecho de asociación.

Aunque las corporaciones contaban con sus propios tribunales, éstos eviden -- temente, sólo actuaban dentro de su jurisdicción, pero las corporaciones -- poco a poco, iban tratando de extender su jurisdicción más allá del circulo de sus componentes, produciéndose conflictos con la jurisdicción ordinaria de la ciudad. En la mayoría de los casos la solución se encontró, li -- mitando la jurisdicción de la corporación, a los negocios de la misma, pe -- ro en ocasiones hubo afectados ajenos a la corporación, lo que originó, -- que para solucionar el problema se atendiera el concepto de "negocio corpo -- rativo", y aunque nunca se llegó a una opinión común, la noción del mismo

fue desarrollándose por sus características objetivas y no personales, es decir por la causa mercantil, el acto de comercio en sí. Fue así como el derecho comercial, de ser un derecho de clase pasaba a ser un derecho especial, caracterizado por la materia.

Lo hasta aquí expuesto, en cuanto a la evolución del derecho mercantil en el medioevo, es común a Italia, Francia y Portugal, observándose en España, por lo que se refiere a las asociaciones de mercaderes que su ámbito de acción era restringido, toda vez que el estado era quien tenía la facultad de control, primordialmente, y por eso la jurisdicción gremial era más limitada.

Hay que considerar como factor importante en esta época la cultura islámica, que irrumpió en Europa para asentarse junto a las monarquías ya establecidas. Esta cultura aportó sus ideas y sus concepciones a los principios ya conocidos, sobre todo como una confirmación de los mismos, puesto que el Islam conocía muchos de los conceptos de los países del Mediterráneo, tales como la comisión, el contrato de mediación y la comenda.

Así fue como el derecho mercantil fue evolucionando en la Edad Media, obligado en parte por la presión de la Iglesia Católica que prohibía la usura y el préstamo con interés, se fue unificando de tal manera que al final de la Edad Media, el derecho mercantil vigente en los países del Mediterráneo era bastante uniforme. Constituyendo una verdadera ciencia jurídica por su extensión y su importancia, observándose ciertas instituciones jurídico mercantiles.

Adquiere importancia en esta época entre los documentos jurídicos existentes, la compilación del derecho marítimo pseudo ródico del siglo VIII D.C., en donde se regula jurídicamente la comenda por primera vez como una sociedad mercantil. (23)

Esta sociedad está rigurosamente organizada, con beneficios o pérdidas para todos los participantes, con el objeto de reducir los riesgos en una expedición marítima. Esta sociedad además, parece revivir en la "Colonna" -- italiana, que estuvo regulada con comunidad de pérdidas y ganancias para los interesados. Características que también hallamos en la "comú" del Consulado del Mar, y en la "navegación en común" de una ley de Jaime I de Aragón, del año de 1258.

Entre todas las sociedades, la que más auge tuvo en esa época fue, quizás -- por su finalidad principal, la que se constituía para empresas marítimas, o

23.- Paul Rehme, op. cit. p. 61.

sea la *commenda*. Consistía en el acuerdo o pacto entre un capitalista que aportaba mercaderías, el dinero o el barco a quien se denominaba "commendator" y un "tratante" que ponía en movimiento o hacía trabajar el capital.

Hay que notar que la *commenda* adoptaba dos formas; en la primera sólo el commendator aporta capital, y en la otra tanto el commendator como el tractador o portador hacían las contribuciones, aunque por regla general, el tractador aportaba menor cantidad que el commendator. Ambas clases aparecen bajo los nombres de "commenda" o "societas". Pero las expresiones "commenda" ("*commenda*") y "*accommendatio*" suelen reservarse para la primera de ellas, y se utilizaban las expresiones de "societas" y "collegantia" para la segunda, es decir, aquella que tenía aportación bilateral del capital. Una cosa es cierta: en ambos casos, según la acepción del derecho de la época, se trataba de una sociedad. (24)

Otro aspecto en que coinciden los autores, es en el hecho de que en la *commenda*, por lo que hace a las relaciones externas, el aportador del capital no se manifestaba a los terceros. (25)

Por su parte Manuel Cervantes (26) señala que fue la misma sociedad romana, la que penetró en la vida mercantil de la Edad Media, la cual fue siendo designada con distintos nombres, tales como: "sociedad anónima", "asociación en participación", "cuentas a medias", etc. y puesto que la *comandita* fue la forma más frecuente en Italia, ésta, con el tiempo, llegó a ser la forma típica de participación, agrega que algunos escritores italianos observaron con certeza, que no hay diferencia alguna entre el comandante y el participante, o entre la *comandita* y la asociación en participación, -- puesto que son la misma cosa en ese tiempo.

En ese sentido, Georges Ripert (27) parece apoyar la idea de Manuel Cervantes, en cuanto a la transformación de la sociedad romana, al decir: "La Sociedad del Derecho Romano, adquirió con el desenvolvimiento del comercio durante la edad media, un carácter nuevo". Así, la actual sociedad en *comandita simple*, no es más que una derivación del antiguo contrato de *commenda*, el cual implica la participación de un capitalista, en la gestión de un comerciante. (28)

24.- Paul Rehme, op. cit. p. 81 y 83.

25.- Joaquín Garrigues, Tratado de Derecho Mercantil, Tomo I, Ed. Revista de Derecho Mercantil, Madrid 1947, p. 577; Solá de Cañizares, op. cit. p. 6; Manuel Cervantes, op. cit. p. 138.

26.- op. cit. p. 137 y siguientes.

27.- Georges Ripert, Tratado Elemental de Derecho Comercial Tomo II, Tipográfica Editorial Argentina, Buenos Aires, 1954, p. 112.

28.- Cabe observar, por lo que hace a la *comandita*, que a pesar de ser la opinión más generalizada, no todos los autores coinciden en que ésta derive del contrato de *commenda*: Arcangeli citado por Solá de Cañizares (op. cit. p. 6) es uno de ellos, y así lo indica también Garrigues (op. cit. p. 577) de igual manera opina Manuel Cervantes (op. cit. p. 60 y ss.)

La existencia de la "commenda" entre los romanos, no es comprobable. Joaquín Garrigues opina, que a pesar de su nombre, ésta no era conocida. Los romanos ciertamente conocieron la "commendatio" que venía siendo el depósito, puesto que "dare in accomandita" significaba "depositare", por lo que dada la influencia romana, una ley florentina del año de 1408 dividió a la comandita en regular e irregular. En la segunda, el vínculo social desaparecía, en lo que hace a las relaciones externas de la sociedad. O sea que esta forma irregular, sí mantuvo la esencia del contrato de commenda.

Es entonces, cuando se perfilan dos derivaciones de la commenda de la Edad Media. En una de ellas (comandita regular), el socio capitalista se manifiesta al exterior como socio, y por lo tanto es responsable frente a los terceros. Así se ubica el antecedente directo de la actual sociedad comanditaria. Y es en la otra derivación del contrato de commenda (comandita --- irregular), donde el capitalista permanece oculto a los terceros, sin responsabilidad frente a ellos, de tal manera que el único obligado en las relaciones externas, es aquel que gestiona el negocio correspondiente, formándose pues, una sociedad secreta. Es éste según Garrigues y Solá de Cañizares el antecedente formal y directo de la asociación en participación. - (29)

Joaquín Garrigues agrega que tanto la asociación en participación como la sociedad en comandita, descansan en el mismo fundamento económico, que es la posibilidad otorgada a un capitalista, de participar a través de una --- aportación, en el negocio de otro. Pero que mientras la asociación en participación conserva lo esencial de la antigua "commenda", la sociedad comanditaria, conserva sólo el nombre.

Que el commendator, es decir, el socio capitalista, no fuera conocido en las relaciones para con terceros, implicaba una gran ventaja para su desarrollo. Como en la actual asociación en participación, limitaba la responsabilidad del socio, por otro lado permitía intervenir en operaciones comerciales a los nobles, a los titulares de cargos públicos y a los religiosos, los cuales no podía ser comerciantes.

Además la Iglesia prohibía la usura, y esta sociedad era un medio de eludir la prohibición de los préstamos con interés, efectuándose un aporte --- en dinero y obteniéndose una participación de las utilidades.

También Roberto L. Mantilla Molina (30), Paul Rehn: (31), Arturo Puente y Octavio Calvo (32) y Luis Muñoz (33), concuerdan en el sentido de que la A asociación en participación deriva de la commenda del medioevo.

29.- Joaquín Garrigues, op. cit. p. 576 y sigs. y Solá de C. op. cit. p.6
30.- Roberto L. Mantilla Molina, Derecho Mercantil, Ed. Porrúa, México -- 1980 p. 183

31.- op. cit. p. 83

32.- op. cit. p. 49

33.- op. cit. Tomo II, p. 143.

Por el contrario, Alvarez-Bonilla-Miñana (34), coincidiendo con la opinión de Manuel Cervantes, opina que no sólo la asociación en participación no nació del contrato de comenda sino que ésta la que nació de aquélla. Actualmente afirman: "La sociedad en comandita, nació propiamente de la asociación en participación". Aceptan que ésta estuvo en uso desde tiempos antiguos aplicada especialmente al comercio marítimo, agregan que era conocida por los musulmanes desde la época de Mahoma, para ser posteriormente objeto preferente de la atención de los jurisconsultos quienes la designaban en los términos "kirad" y "Madharabah", puesto que "había muchos hombres incapaces de manejar los bienes que tenían, mientras que había otros, sin bienes pero con el arte de manejarlos, por lo que era preciso el permitir este contrato, para que los intereses de ricos y pobres, de torpes y hábiles pudieran conciliarse".

De la misma manera Rivarola (35) afirma que como "vestigio de la antigua comenda tal cual era" nos queda la actual sociedad accidental o en participación.

Asimismo se utilizó el contrato de Colonna, que por referirse a una empresa marítima exclusivamente, se diferenciaba de la comenda, pero por este contrato los socios también participaban de las pérdidas y ganancias, limitándose la responsabilidad del socio que permanecía en tierra, el cual no era conocido por los terceros que trataban con el negociante, por lo que Malagarriga (36), considera el contrato de Colonna como una de las manifestaciones de la asociación en participación.

En realidad, coinciden los autores, esta institución en la cual una persona oculta, participa en los negocios de otra, que es la única que se manifiesta externamente, se difundió como un procedimiento simple y cómodo, en los diversos países, aunque con distintas denominaciones. En Italia se llamó: - "participatio", "societas per viam participations" y "compagnia secreta". - En Francia, "société anonyme". En Portugal, "conta d'ametade". En Alemania, "sociedad secreta" o "sociedad oculta". En España "sociedad accidental" o "cuentas en participación". (37)

En Alemania se conoció un contrato que coincide con la "comenda" del mediterráneo siendo su origen autóctono, es decir que no fue importada del extranjero, puesto que el examen de los documentos muestra que fue evolucionando paulatinamente, y durante mucho tiempo estuvo prohibido para los extranjeros, tener nexos de sociedad con los comerciantes nacionales, situación -

- 34.- Faustino Alvarez del Manzano, Adolfo Bonilla y Bulio Miñana; Tratado de Derecho Mercantil Español, Madrid 1916, Tomo II, p. 612 y 713.
- 35.- Mario A. Rivarola, Tratado de Derecho Comercial Argentino, tomo II, -- Cía. Argentina de Editores, Buenos Aires 1938, p. 275.
- 36.- Carlos C. Malagarriga, Tratado de Derecho Comercial tomo I, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1951, p. 318.
- 37.- Solá de Cañizares, op. cit. p. 7., Manuel Cervantes, op. cit. p. 137., Alvarez-Bonilla-Miñana, op. cit. p. 714., Georges Ripert, op. cit. p. 149.

que se confirma con las agrupaciones sólo para alemanes como la famosa "HANSA ALLEMANA". También en esta sociedad, se diferenci6 entre la aportación unilateral de capital, (comenda para el Mediterráneo), y la aportación bilateral del mismo, (collegantia). A la primera los alemanes le llamaron "Sendevegesellschaft" que se traduce como "sociedad de Sendeve"; y a la segunda "Wedderlenginge" es decir, "recta sociedad o justa sociedad".(38)

Ambas son, conceptualmente, sociedades mercantiles, pero la denominación de la sociedad con aportación del capital bilateralmente, como "recta sociedad" parece indicar que la otra relación (la sendeve) aunque es considerada como sociedad, ésta es impropia o si se quiere irregular.

Al respecto Paul Reine afirma que tanto una como la otra aparecen en los registros de las sociedades del consejo de Lubeck, y que al principio, exclusivamente, y posteriormente, la mayoría de las veces, fueron concebidas como sociedades ocasionales, aunque eran renovadas una y otra vez por las mismas personas.

Por otro lado los países escandinavos, conocieron una sociedad, referida al comercio marítimo y considerada como una institución análogo a la "colonna" de los países del Mediterráneo.

Tiempo después, apareció en la Edad Media, otra sociedad, que las fuentes denominan "compagnia" y que corresponde a nuestra actual sociedad en nombre colectivo. Esta sociedad, tenía bases en uniones familiares y profesionales.

Es posible que esta sociedad también la hubieran conocido los alemanes puesto que manejaron un tercer tipo de sociedad, en la que todos los socios participaban activamente en la explotación de la misma, y se utilizó tanto en el comercio local, como en el comercio entre plazas lejanas, pero no fue tan popular e importante como la "sociedad en sendeve" y la "recta sociedad".

Surgieron también en la Edad Media, muchas asociaciones, pero que definitivamente no son equiparables a la asociación en participación, pero algunos autores consideran en ellas, las expresiones más antiguas de la actual sociedad anónima.

38.- Paul Reine, op. cit. p. 131.

1.4. EN LA EDAD MODERNA

Durante esta era, el desarrollo del comercio y del derecho mercantil alcan-
za un grado mayor, apareciendo nuevas instituciones y perfeccionándose --
otras. De esta manera se conoce el crédito, ya que el numerario existente,
no obstante el aumento en la producción del oro y la plata, fue insuficien-
te para cubrir la demanda de medio de pago, además de facilitar las opera-
ciones comerciales.

Se revisaron los antiguos estatutos de las ciudades y constituciones de --
las corporaciones. El contenido jurídico de ellos, fue en aumento, y se tu-
vo el propósito de recoger y dar forma legal al derecho mercantil, lo que
empieza a lograrse en la segunda mitad del siglo XVI. El camino para esta
autonomía del derecho mercantil, lo inició la obra de Benvenuto Stracca, -
editada en 1553, quien logró un primer tratado en conjunto del derecho mer-
cantil. Por lo que hace a sociedades, fue esta una materia no contemplada
en la obra, situación que el mismo autor indica, debido a que era ya sufi-
ciente lo conocido en otras partes, refiriéndose seguramente a los postglo-
sadores. (39)

En España y Portugal se conceden a sus plazas mercantiles importantes, am-
plia jurisdicción en asuntos de comercio y sus propios estatutos son la --
fuente de derecho mercantil, más considerable de esos países. Ejemplo de
ellas son Burgos en 1494 y Bilbao en 1511.

Adquieren importancia no sólo para España sino para México, las ordenanzas
de Bilbao, que constituyen un verdadero código de comercio, son una compi-
lación de disposiciones autónomas de esa plaza, sancionadas por el rey Fe-
lipe II en 1560, reeditada varias veces con modificaciones y adiciones. La
última redacción confirmada por el rey Felipe V en el año de 1737, se divi-
de en 29 capítulos, de los cuales el capítulo 10 trata de las "Compañías -
de comercio", y el 11 "de los contratos". Estas ordenanzas llegaron a te-
ner vigencia en toda España y en México, todavía en 1827 por decreto, se
recomendaba su aplicación al tribunal mercantil de Madrid. (40)

Francia no cosechó éxitos en el campo de la política colonial, pero poseía
en Lyon una plaza mercantil de primer orden, que llegó a ser la principal
plaza de pagos y centro bancario, no sólo de Francia, sino del resto de Eu-
ropa Occidental durante el siglo XVI, la que a finales del mismo cede su
sitio a la ciudad de París, como centro comercial.

39.- Paul Rehme, op. cit. p. 147.

40.- Idem p. 148

A mediados del mismo siglo XVI, los derechos locales pierden importancia, y cobran fuerza las creaciones jurídicas del Estado, que se llamaron ordenanzas reales, hasta que en el año de 1673 se publicó el edicto de Luis XIV, que se conoció como la "Ordenanza del comercio". También se le denominó "code marchand" o "code savary" esto último en atención a la importancia que Jacques Savary, comerciante, tuvo en su elaboración. Complementa a dicha ordenanza en el comercio marítimo, la Ordenanza de la Marina de 1861, ambas denominadas ordenanzas de Colbert,

La ordenanza francesa de 1673, que regulaba el comercio terrestre contuvo un capítulo especial llamado "de las sociedades" pero no menciona el tipo social de la asociación en participación, porque se ocupaba únicamente de la forma y de la publicación de los actos de la sociedad. (41)

Aún cuando la mencionada ordenanza no reglamentó la asociación en participación, tampoco la prohibió, y sabemos que era común en esa época llamarla "Sociedad Anónima" (42). Asimismo se le conoció con el nombre de "cuenta en participación".

Con esta ordenanza de 1673, y con la "ordonnance de la marine" de 1681, se inicia una nueva época en la historia universal del derecho mercantil, pues to que constituyen las primeras regulaciones en conjunto por parte de un estado en esta rama. (43)

La acción del estado, se siente definitivamente en la formación del derecho mercantil, y a las sociedades se les va a destinar casi siempre un título especial en todas las regulaciones de los estados europeos.

Durante la Edad Media, el derecho de las sociedades se formó porque en los distintos países se coincidía en lo esencial, en cambio en la edad moderna la dirección que toman los estados está fijada por el camino señalado por Italia primero y por Francia posteriormente.

En relación al contrato de *commenda*, en Italia se percibe un cambio, ya en la época moderna, así tenemos que de la antigua *commenda* aparece una forma de sociedad, en la cual todos los socios figuran como sujetos del negocio y todos son responsables frente a los terceros. Pero no todos responden del mismo modo frente a los acreedores. Por un lado el gerente o gerentes responde ilimitadamente, mientras que por el otro, los socios capita-

41.- Georges Ripert, op. cit. p. 150.

42.- Georges Ripert, op. cit. p. 150 y Solá de Cañizares, op. cit. p. 7 y siguientes.

43.- Manuel Cervantes, op. cit. p. 15.

listas sólo responden hasta el monto de su aportación. Para esta sociedad se adopta ya, una firma social, y con frecuencia se ordena que sea inscrita en un registro oficial.

A esta sociedad se le designó en Italia como; "Compagnia Palese", "Accomandita", "Societas per viam accomenditae". En Francia, la ordenanza del comercio (1673), la llamó "société en comandite". (44)

La mayoría de los autores, piensan que derivó del contrato de commenda, pero otros, como hemos indicado, estiman que se originó bajo el influjo de la figura equivalente a nuestra sociedad en nombre colectivo.

Alemania por su parte, no tuvo sistema en su terminología, y fue hasta el siglo XVIII, cuando se hicieron corrientes las denominaciones de "sociedad secreta" o "sociedad escondida".

De ahí que en Francia predomine la sociedad en comandita, por lo que el legislador francés sólo se ocupa de la sociedad comanditaria, mientras que el alemán sólo dió normas para la sociedad cerrada, que fue la que prevaleció entre ellos.

Cabe mencionar que durante la edad moderna, decaen las ferias y los mercados, y los grandes inventos como el ferrocarril, el barco de vapor, la telegrafía, etc. ocasionan ya en el siglo XVIII un gran auge del último tipo de sociedad, las sociedades por acciones.

Inglaterra se aferró al viejo criterio de dejar la reelaboración del derecho mercantil a la costumbre, en aquellos casos en que no se consideraba necesario dictar una ley especial.

En Prusia, por su parte, se inicia lo que llamaríamos un movimiento codificador del derecho, de tal modo que publica el 5 de febrero de 1794, una compilación llamada: "el derecho territorial del estado Prusiano". Esta obra que tuvo vigencia desde el 1o. de junio del mismo año, abarcaba los derechos privado, político, eclesiástico, penal y evidentemente el mercantil, que ocupaba nueve capítulos, de los cuales el séptimo se refería a las sociedades mercantiles, apareciendo de esta manera la primera codificación de derecho mercantil en el mundo. (45)

44.- Joaquín Garrigues, op. cit. p. 578 y Paul Rehme, op. cit. p. 178.

45.- Paul Rehme, op. cit. p. 191.

En Francia al igual que en Prusia, se hizo la codificación considerando todas las ramas jurídicas. Así en los primeros años del siglo XIX se promulgan cinco grandes códigos: el civil, el de procedimientos civiles, el penal, el de instrucción criminal, y el "code de commerce". (46)

El código de comercio francés es considerado como tipo en las codificaciones que se realizaron en la materia por muchos países, no sólo europeos, sino de otros continentes. Es el primero en el mundo como tal, el cual fue aprobado en 1807, y entró en vigor el primero de enero de 1808. En él las sociedades estaban comprendidas, en el título III del libro primero, el cual fue modificado por la ley del 24 de julio de 1867, ésta empero no modificó lo relativo a las asociaciones en participación.

El código de comercio francés, a diferencia de la ordenanza de 1673, sí reguló a la asociación en participación, pero no con el nombre de sociedad anónima, que era como más se le conocía, sino que la contempló bajo la denominación de "asociación comercial en participación", y utilizó en cambio el término "sociedad anónima" para referirse a la sociedad por acciones.

Al decir de Manuel Cervantes(47) los dos artículos que el código le dedicó, fueron totalmente insuficientes para fijar el papel que desempeña en el derecho mercantil este tipo social.

Posteriormente, por ley del 24 de junio de 1921, se le dedican los artículos 47 a 50, para conformarla como actualmente se le conoce, pero sin aportar ninguna modificación al régimen de esta sociedad. Inclusive la ley del 24 de junio de 1921, aunque mejoró la redacción original del código, ha sido calificada de "inútil".(48)

A pesar de lo anterior, el artículo 49 del código, ya con las modificaciones de la ley del 24 de junio de 1921 reconocido explícitamente, el carácter de sociedad, a la asociación en participación.

En Italia, a partir del siglo XV, se generalizó el uso de la asociación en participación, sin embargo los textos y la terminología no son claros, pero se afirma que sí se conoció como una situación oculta, y aparentemente con un carácter distinto del de "sociedad".(49)

46.- Paul Rehme, op. cit. p. 193.

47.- op. cit. p. 140.

48.- Georges Ripert, op. cit. p. 150.

49.- Solá de Cañizares, op. cit. p. 9.

Más tarde este país, durante el siglo XIX, adoptó las ideas del código de comercio francés, y por lo tanto la asociación en participación se reglamentó conforme lo dispuesto en el código de 1808, y así apareció en el código albertino de 1848, hasta el código de comercio de 1886 con características particulares, bajo el nombre de "associazione in partecipazione".

Caroselli(50) afirma que con las características con que se reguló la asociación en participación en el código de comercio italiano de 1886, "esta figura tiende a recobrar, su antigua configuración".

El código de comercio la definía como un contrato por el cual, "un comerciante o una sociedad comercial reconocían a una o a varias personas que aportaban bienes, una participación en los beneficios".

La doctrina por su lado, disenta si entraban en este tipo las sociedades secretas o no manifiestas, afirmándolo algunos autores y negándolo otros. Entre éstos últimos, había una mayoría, que consideraba que las sociedades secretas, no deberían ser incluidas por la legislación comercial.

Actualmente en Italia se regula conjuntamente tanto la legislación civil, como la comercial, con excepción de la expedición de algunas leyes que tienen este último carácter. Es precisamente a través del código de 1842, donde se regula la asociación en participación bajo el rubro "associazione in partecipazione", en los artículos 2549 a 2553 como un contrato.

En Alemania, después de muchos intentos y problemas, se logra el 27 de febrero de 1861, dar fin al "proyecto de código de comercio alemán general" que contaba con 911 artículos. Este proyecto a partir de julio de 1861 se va adoptando como ley para todos los estados que formaban Alemania(51), -- llamándolo "código de comercio alemán general", con excepción de Austria -- que lo nombró "código de comercio para el Imperio Austriaco".

El mencionado código dedicaba un libro completo a las sociedades mercantiles; el segundo, que comprendía del artículo 85 al 249, pero no reglamentó aquí a la asociación en participación, ya que sólo se ocupó, de la sociedad colectiva, en su primer título; de la comanditaria en el segundo; y de la sociedad por acciones en el tercero. Pero tampoco la reguló en el cuarto libro, que se refería a los contratos mercantiles, sino que creó un libro especial para ella, el tercero, (intermedio entre sociedades y contratos), que se llamó: de la "sociedad tácita y de la unión para realizar de-

50.- Citado por Solá de Cañizares, op. cit. p. 9.

51.- Alemania comprendía: Prusia, Austria, Hungría, Nassau, Baviera, Waldeck, Anhalt-Bernburg, Baden, Frankfurt, el Reino de Sajonia y el Gran Ducado de Hessen.

terminados negocios mercantiles por cuenta común, que dividió en dos títulos y comprendió 20 artículos, del 250 al 270. (52)

De lo anterior se deduce que el Código Alemán de 1861, reguló dos sociedades en el tercer libro, por un lado la sociedad tácita, y por otro un tipo de sociedad para operaciones aisladas de comercio, que Solá denomina "Sociedad Momentánea".

30 años más tarde, producto de la codificación alemana del derecho civil, se revisó el código de comercio general alemán y se promulgó el código de comercio de 1897, en vigor a partir de 1900, el cual introdujo el concepto de empresario mercantil (carácter subjetivo), imprimiendo una nueva concepción jurídica del derecho mercantil. Por lo que se refiere a la asociación en participación, la sociedad tácita pasó a ser regulada en el libro segundo, intitulado como en el código anterior, "De las Sociedades Mercantiles" (53). La sociedad momentánea, en cambio, no fue regulada (54).

En cuanto a la diferenciación entre sociedad tácita y momentánea, ésta, parece no existir para Joaquín Carrigues, quien sólo se refiere a la sociedad tácita, como sociedad "ocasional".

Desaparecen de la vida comercial las expresiones de "Sendevegesellschaft", (sociedad de sendeve) y "Wedderlenginge" (justa sociedad), y la sociedad tácita aparece bajo la expresión de "Stille Gesellschaft", regulada en este nuevo código, en los artículos 335 y siguientes, pero conservando la esencia de la reglamentación que tuvo el código de 1861. (55)

España por su lado promulgó su código de comercio en 1829, y en él aparecía una sección especial, intitulada: "de la sociedad accidental o cuentas en participación", y comprendía los artículos 354 a 358.

De lo anterior se desprende que para ese código, la asociación en participación sí tenía el carácter de sociedad, pero posteriormente el Código de Comercio Español (vigente) de 1885 regula las "cuentas en participación" - no entre las sociedades, sino en el libro segundo, título II, dentro de -- los "contratos especiales del comercio". (56)

52.- Paul Rehme, op. cit. p. 207.

53.- Paul Rehme, op. cit. p. 215.

54.- Solá de Cañizares, op. cit. p. 10.

55.- Carlos C. Malagarriga, op. cit. p. 319 y Felipe Solá de Cañizares, op. cit. p. 10.

56.- Carlos C. Malagarriga, op. cit. p. 318.

No obstante que en la práctica siempre se ha recurrido a la asociación en participación, ésta fue aparentemente olvidada por los legisladores durante mucho tiempo, hasta que por fin, de la manera expuesta, logró llamar la -- atención de las leyes emitidas en la época moderna, al grado que, en la actualidad, contados son los países que no la reglamentan.

1.5. OPINION PERSONAL

Analizando la historia del hombre, fácilmente se advierte que éste, está - caracterizado por ser un ente social. Desde siempre ha llevado a cabo parte de sus tareas en colaboración con otros y se ha dado cuenta de que el - trabajo así realizado, muchas veces ha tenido mejor resultado, que si lo - hubiera hecho individualmente.

Seguramente de ahí han nacido las expresiones de que: "dos pueden más que uno", y "la unión hace la fuerza". Así pues algunas veces pedimos ayuda, y otras veces, la prestamos.

Nos hemos dado cuenta, que vale la pena, compartir los beneficios, a cambio de una carga más llevadera y una mayor posibilidad de éxito, y si éste no se dá es preferible compartir las pérdidas que absorverlas en su totalidad.

Consideremos la esencia real de cualquier sociedad, como aquel interés que uno tiene, de participar en los beneficios de la actividad de otro a cambio de ayudarle en su empresa. O bien participar a otro en los beneficios de nuestra empresa a cambio de la ayuda que nos proporcionará, aceptando - en ambos casos el riesgo de un fracaso.

Si así lo hacemos, y si nos apartamos de las formalidades y las teorías jurídicas, podremos decir que la asociación en participación nació con la -- primera sociedad primitiva que se dió en el mundo.

Desde luego en ese entonces, no existían los conceptos de personalidad jurídica, ni de responsabilidad social. Tampoco existía la intención de ---- crear una sociedad como ahora las conocemos, ni mucho menos se reglamentaban entre las partes sus derechos y obligaciones.

Pero si un individuo trabajaba la tierra, y era ayudado en ello por otro, al compartir aquél con éste la cosecha ¿no había en esa situación un gér-- men primitivo de la asociación en participación? nosotros creemos que sí.

Participar en el negocio de otro mediante una aportación, y compartir con él los beneficios o pérdidas obtenidas es una actividad inherente al hombre. Definitivamente desde las comunidades primitivas debieron haber existido verdaderas asociaciones en participación, aún cuando sus participantes no supieran catalogarlas ni existieran entonces las concepciones jurídicas que ahora la conforman.

La sociedad que conocieron los babilonios, aunque sumamente importante como antecedente, no puede considerarse propiamente como la primera expresión -- formal de la asociación en participación como tal. Contra la opinión de la mayoría de los autores consultados, en lo particular creemos que no solo la asociación en participación no nació del contrato de commenda medieval, si no que fué ésta la que derivó de aquélla, por lo que sí existía antes de la edad media. Estimamos que la "societas" romana tal cual era, constituía --- exactamente una auténtica asociación en participación, situación que trataremos de demostrar con las consideraciones siguientes.

Des luego debemos observar las diferencias de tiempo y espacio que existen, pero el contrato de sociedad romano, guarda las semejanzas que siguen con la figura que analizamos.

Contrato "intuitu personae", con la obligación de los socios de efectuar la aportación convenida y cuidar el interés de la sociedad. Además cada socio tenía según lo pactado, obligación de compartir las pérdidas y el derecho a participar en los beneficios y al igual que en la asociación en participación la "societas" romana carecía de personalidad jurídica (la mayoría de las veces, y puesto que no era un centro de derecho y obligaciones, el gerente actuaba en nombre propio y los terceros unicamente tenían relación -- con la persona con la que negociaban, desconociéndose la existencia de otros socios. Al igual que en nuestro contrato, los resultados positivos o negativos de la gestión repercutían en primer término en el patrimonio del socio que la había llevado a cabo, para que posteriormente éste distribuyera los beneficios o reclamara la recuperación proporcional de las pérdidas a los demás. De la misma manera que la asociación en participación, la sociedad -- romana se disolvía entre otras causas por la falta de objeto social, y por muerte de alguno de los socios.

En resumen la sociedad romana en su forma típica y ordinaria, fué una sociedad oculta, sin existencia legal para los terceros o acreedores que sólo -- producía efectos jurídicos entre los socios. De tal manera que queda así, -- probada la existencia de la asociación en participación en Roma, aún cuando los romanos no la hubieran conocido bajo esa denominación.

Fuó esta misma figura la que penetró en la vida comercial de la edad media, y a la que producto de las necesidades mercantiles se les fueron incorporando características especiales, cobrando auge el contrato de commenda, que -- llegó a convertirse en la forma clásica de participación, hasta que apareció la sociedad colectiva con personalidad jurídica propia, con la que compartió el predominio comercial.

Pero la asociación en participación, con sus caracteres esenciales, no pereció sino que continuó utilizándose en la vida comercial con menos popularidad que en su forma de comandita a pesar de haber sido olvidada aparentemente por las legislaciones, hasta que el código de comercio francés de 1808 -- la reglamento por primera vez como tal, fecha a partir de la cual ha vuelto a tomar el lugar y la importancia que se merece.

CAPITULO 2. DIRECTRICES FUNDAMENTALES DE LA ASOCIACION EN PARTICIPACION EN MEXICO)

2.1. INTRODUCCION

Las características tan especiales que tiene la asociación en participación, su origen tan discutido, su similitud con las sociedades y con los contratos, el hecho de que en ocasiones la terminología jurídica de los legisladores es confusa o errónea, la poca reglamentación que de esta figura se tiene, la indecisión de algunos textos legales al considerarla y lo contradictorio de las tesis jurisprudenciales al respecto, así como las deficientes definiciones legales, conducen a las grandes discusiones doctrinales y a la falta de una caracterización uniforme de la asociación en participación, entre los tratadistas al estudiarla.

De tal manera que es precisamente en eso en lo que los autores están de acuerdo; en que la asociación en participación está mal o pésimamente reglamentada y en que es mal conocida en la práctica de los tribunales. Pero precisamente es ahí donde radica lo hermoso y lo positivo de cualquier estudio que trate de conocerla mejor.

Consideramos que la asociación en participación es un tipo histórico, que nació respondiendo a fuertes impulsos sociológicos y comerciales, que existió en los usos comerciales antes que los textos de la ley, y que por lo tanto no es obra de los legisladores o de los juriconsultos, sino del intelecto popular, penosa y lentamente enriquecida en el transcurso de los siglos.

Igualmente creemos que en la actualidad, desempeña un papel sumamente importante en la vida mercantil, y que su fundamento económico y sus ventajas justifican de por sí su existencia y popularidad.

Se trata en términos generales, de una figura jurídica, por la cual una o varias personas participan en el resultado de la actividad mercantil de otra, a través de una aportación. Ese es su fundamento económico, la posibilidad que se concede a uno o varios capitalistas de participar con su aportación patrimonial en el negocio mercantil dirigido por otro.

Su éxito depende de las ventajas que presenta ante contratos y sociedades:

- 1.- Permite mantener oculta la participación de una o varias personas.
- 2.- No requiere de formalidades para su constitución, excepto a veces, el que conste por escrito.
- 3.- Permite que los participantes eludan su incompatibilidad legal para el ejercicio del comercio.
- 4.- Proporciona ayuda económica a los comerciantes e industriales.
- 5.- Para quien efectúa la aportación, se satisface el deseo de participar en las ganancias de una empresa mercantil, sin intervenir en su gestión, ni arriesgar mayor capital que el aportado y
- 6.- Para quien recibe el dinero, se eliminan los inconvenientes del préstamo que serían la restitución íntegra del capital, independientemente de que haya pérdidas o ganancias, y la obligación de pagar un interés fijo. Además de bien ser consideradas las posibles ventajas fiscales. Finalmente diremos que la asociación en participación no es solamente una manera de participar en las ganancias de otro, o posibilitar la obtención de capitales sino que también facilita y fomenta las operaciones mercantiles, y permite una mayor estabilidad financiera, al compartir el riesgo.

Por lo anterior facilmente se deduce, que la asociación en participación se presta a una multitud de aplicaciones prácticas, puesto que su elasticidad permite que se adapte a las actividades más diversas. Se sabe que la asociación en participación, se practica mucho en todos los países, aunque su carácter oculto haga imposible que se citen estadísticas al respecto.

Sin embargo su carácter simple y oculto, que ocasiona su falta de personalidad moral, lleva consigo ciertos inconvenientes naturales, sobre todo cuando se trata de una empresa duradera e importante. La asociación en participación no puede aumentar su negocio recurriendo al público, como lo puede hacer una sociedad anónima, a través de acciones, ya que sólo goza del crédito personal de su titular. Tampoco recibe una ordenación protectora de la ley, en cuanto a su organización y funcionamiento, puesto que los contratantes se regirán por lo convenido entre ellos.

Por todo esto, la asociación en participación, puede tener gran utilidad para una o varias operaciones aisladas, o para participaciones permanentes en pequeños establecimientos, pero no es muy recomendable para una gran empresa permanente. Incluso algunos autores enseñaban en otros tiempos, que tal asociación sólo podía formarse para una operación mercantil.

En este capítulo trataremos de analizar las notas fundamentales de la asociación en participación, conforme la conocemos en nuestro país, pero desde luego que procuraremos enriquecer el estudio con las opiniones de la doctrina, no sólo de México, sino también de otros países, e intentando resaltar aquellas diferencias y concordancias importantes que tenga con lo dispuesto en otras legislaciones. Pero dado que en el próximo capítulo veremos esta forma jurídica tal cual la conocen otros países, eliminaremos hasta donde sea posible, la referencia a los mismos con objeto de no ser repetitivos.

2.2. CONCEPTO LEGAL Y DOCTRINAL

2.2.1. CONCEPTO LEGAL

A la fecha de promulgación del Código de Comercio Mexicano vigente (1889), dos habían sido los sistemas propuestos para caracterizar la asociación en participación: uno la consideraba como sociedad momentánea y el otro como sociedad oculta.

El primero de ellos (sociedad momentánea) la concebía como una sociedad constituida para la ejecución de una operación, o un número determinado de operaciones, concluidas las cuales desaparecía la relación jurídica existente. Y el otro sistema (sociedad oculta) consideraba un número indeterminado de actos comerciales, pero la sociedad no se revelaba como tal a los terceros, quienes se supone no conocen el vínculo existente entre los asociados.⁽¹⁾

Pues bien, el código de comercio de 1889, consideró los dos sistemas propuestos expresando en su artículo 268 que, "Las asociaciones comerciales son de dos especies: las asociaciones momentáneas y las asociaciones en participación."

De este modo el artículo 270 del código definía la asociación en participación diciendo que: "Es aquella en la cual se interesan dos o más personas en operaciones que tratan en su propio nombre una o varias, siempre que éstas constituyan una sola entidad jurídica. No hay entre los terceros y los asociados que no contratan, ninguna acción directa". Asimismo el artículo 271 indicaba que las asociaciones en participación "tienen lugar entre los asociados para los objetos, en las formas, con las proporciones de interés y con condiciones que ellos estimen convenientes."

Los preceptos del código han sido derogados por los artículos 252 a 259, de la vigente ley general de sociedades mercantiles de 1934, y en la actualidad el concepto legal de la asociación en participación en México, nos lo proporciona el artículo 252 de la ley.

El artículo referido dispone que: "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 redacción de la ley, ha mejorado indudablemente la reglamentación del código, y no sólo ha recogido los dos sistemas antes mencionados, sino que ha refundido en uno sólo, los dos diversos tipos adoptados por el código, a nuestra manera de ver muy acertadamente. Aunque esto no signifique que la definición anterior esté exenta de error.

Coincidiendo con otros autores, el maestro Cervantes Ahumada ha señalado la incorrección de la ley, al decir ésta que una persona "concede a otras" una

1. Mantilla Molina op. cit. p. 183

participación, puesto que el asociado no tiene porque ser plural, sino que puede serlo singular(2). Sin embargo el precepto mexicano nos parece de los más acertados.

De la definición anotada podemos mencionar como requisitos para su existencia los siguientes:

- 1) Pluralidad de Personas
- 2) Fin común de lucro
- 3) Participación del o los asociados, en las pérdidas o ganancias del asociante.

1.- En cuanto a la pluralidad de personas, éstas se requieren en un mínimo de dos. Los nombres que reciben generalmente son: "asociante o gestor" para el titular del negocio o encargado de la operación u operaciones y quien participará al otro de los resultados. Y se llama "asociado o partícipe" a aquel que aporta bienes o servicios.

Las denominaciones legales que reciben las partes varía según las diversas legislaciones, pero los calificativos de nuestra ley, (asociante y asociado) son aceptados y usados por la doctrina. Incluso aquellas legislaciones que utilizan otros nombres, o utilizan uno sólo para referirse a cualquiera de los contratantes, son criticadas.

Puesto que el código dice "personas" solamente entendemos, y así lo ha aceptado la doctrina, que tanto asociante como asociado puede serlo también una persona moral.

Respecto de la pluralidad de asociante, diremos que en México ésta no es posible, porque la ley limita a uno el número de asociantes. Ahora bien, si hemos indicado que la ley se equivocó respecto de los asociados al decir que una persona participará a "otras", pudiendo ser "otra u otras", bien podría argumentarse que la ley también se equivoca respecto del asociante, y que el artículo 252 podría haber dicho "una persona o varias conceden a otra u otras" pero esto no lo consideramos admisible por las siguientes consideraciones: En primer término, sería injusto e imposible de admitir que una persona no puede ser asociado, sólo porque le haga falta otra que desee interesarse en el negocio del asociante. En segundo lugar, la doctrina mexicana sí acepta la pluralidad de asociados, y no hace referencia alguna a la pluralidad de asociantes; y en tercer lugar, si el asociante es el titular de la o las operaciones mercantiles, o la negociación mercantil según sea el caso, al momento de existir dos asociantes debemos concluir que se está hablando de dos negociaciones diferentes, y por lo tanto estaremos en presencia de dos contratos distintos de asociación en participación, en los cuales el asociado es la misma persona.

Sin embargo podría ser que dos personas fueran co-titulares de una negociación mercantil, pero en este caso ambos se obligarían con el asociado en los mismos términos como si fueran uno sólo. Nos satisface lo expuesto por Luis Muñoz(3) al decir que "...el asociante no puede ser plúrimo sino único..."

2. Raúl Cervantes Alameda, op. cit. p. 183

3. op. cit. p. 144

lo que en cambio no es obstáculo para que ambas partes puedan tener las categorías de asociante-asociado, como lo ha señalado el Dr. Cervantes Ahumada (4)

Refiriéndose a la legislación española, Solá de Cañizares(5) opina que sí puede haber varios asociantes y que podrán pactar ser asociantes para operaciones distintas y determinadas o bien para todas ellas. En este caso todos serán responsables frente a los asociados y frente a terceros, sólo lo serán aquellos que hubieron intervenido en cada operación.

Tratándose de la pluralidad de asociados, ésta es aceptada en México y en la doctrina. Lo mismo sucede en la mayoría de las legislaciones. La ley no lo considera, pero debemos preguntarnos si la pluralidad de asociados, representada en sólo contrato de asociación en participación, caso en el cual éstos presentan un sólo frente ante el asociantes, o si se trata de varios contratos de participación, y finalmente debemos analizar la cuestión de la subparticipación.

La tendencia general es considerar que se trata de varios contratos de participación, distintos entre sí, pero consideramos que la libertad otorgada a las partes es tal, que bien caben ambas soluciones a elección de las partes.

Por ejemplo, si la pluralidad de asociados se presenta en un sólo momento, al celebrarse el contrato tanto asociante como asociados pueden estipular varios contratos de participación o bien uno solo, en el cual los asociados nombren un representante ante el gestor y entre ellos pacten su participación, con efectos sólo para ellos. Y si la pluralidad se presenta en dos momentos distintos, se puede celebrar otro contrato, o bien modificarse el existente.

En todo caso el asociante debe tener en cuenta que la aportación del asociado número uno fue hecha para una o varias operaciones determinadas o tal vez para todas las actividades de la negociación de la cual él es titular, y que por lo tanto no podrá modificarlas, producto de su estipulación con el asociado número dos, si no cuenta con la aprobación de aquél.

En cuanto a la subparticipación, que también ha olvidado nuestra ley, mencionaremos que por ella el asociado se obliga a su vez con un extraño al contrato de asociación en participación, para compartir el resultado que para él obtenga el asociante. En este supuesto no hay porqué oponerse a su existencia, pero desde luego éste sólo creará vínculo jurídico entre asociado y subparticipante, no teniendo el asociante ninguna obligación.(6)

2.- Por lo que hace al fin común de lucro, como requisito para la existencia de la asociación en participación, éste resulta evidente puesto que, ¿qué persona arriesgará parte de su patrimonio en un negocio en el que se sabe que va a perder?

1. op. cit. p. 552

5. op. cit. p. 148

6. Emilio Langle y Rubio, op. cit. p. 333 del Tomo III

Evidentemente toda persona, física o mora, asociante o asociado, al arriesgar bienes o servicios en una empresa, lo hace con la perspectiva de obtener beneficios a menos que nos encontremos en el caso que Lorenzo Benito señala (7) de "aquel gestor que prefiere quedarse tuerto, a cambio del placer de ver ciego a su asociado". En este caso sólo podría intentarse fincar responsabilidad al asociante.

Muchas veces la asociación en participación se realiza primordialmente con el fin de afrontar en conjunto un riesgo muy grande. Pensemos que un individuo tiene fondos suficientes para llevar a cabo cierta operación mercantil, pero si ésta falla por cualquier causa, tal vez sufra una pérdida demasiado grande, por ejemplo la pérdida total de su patrimonio, motivo por el cual invita a otro individuo a ser su asociado.

En este caso el asociante participará al asociado no porque quiera que el asociado tenga un beneficio, sino porque él desea compartir el riesgo a cambio de compartir las ganancias.

Aún en este supuesto que las leyes no previenen, y que la doctrina sí ha considerado (8) no deja de existir el fin común de lucro al que nos hemos referido, puesto que el asociado aporta su parte con objeto de obtener ganancias y el asociante, correcto, comparte el riesgo, pero también desea lucrar.

3.- Y finalmente, por lo que hace al último requisito que mencionamos diremos que la participación del asociado en las pérdidas o ganancias del asociante no puede faltar, porque si el asociado no participara en las ganancias estaríamos ante una 'donación' y si no participara de las pérdidas nos encontraríamos ante un 'préstamo sin interés'. Sobre esto mismo hablaremos detenidamente más adelante.

7.- op. cit. p. 183

8.- Mantilla Molina, op. cit. p. 184 y Manuel Cervantes, op. cit. p. 144.

2.2.2. CONCEPTO DOCTRINAL

En México, la doctrina de nuestro país, no proporciona un concepto o definición de la asociación en participación. Y es que como hemos dicho el concepto legal mexicano, a excepción del comentario anotado respecto a la singularidad y pluralidad del asociado, responde perfectamente a las características de la asociación en participación, y realmente un concepto doctrinal no sería sustancialmente diferente del concepto legal. Por eso es de aplaudir la visión y certeza que tuvieron los legisladores y por lo mismo hemos anotado que de los conceptos conocidos, el nuestro es de los mejores.

Lo anterior lo corroboran, los autores mexicanos quienes al estudiar el contrato de asociación en participación, consideran suficiente el texto legal para definir esta figura, omitiendo por lo mismo su concepto particular. (9)

Veamos ahora otras definiciones las cuales se han dado por algunos doctrinarios sobre la materia.

"La sociedad en participación es la reunión accidental de dos o más personas para una o más operaciones de comercio determinadas y transitorias, trabajando uno, alguno o todos en su nombre individual solamente, sin firma social y sin fijación de domicilio". (10)

Esta definición tomada de autores argentinos refleja una observancia estricta del texto legal ya que concuerda con lo expresado por el código de ese país.

Resaltan el carácter accidental (no permanente) de la figura y el hecho de aceptarse una pluralidad de asociantes-asociados, además de tratarse de una sociedad ya que se argumenta que en cuanto dos o más personas se obligan -- con fin de lucro y dividir la utilidad se está en presencia de una relación social.

Alvarez del Manzano, Bonilla y Miñana (11) la definen así: "Contrato bilateral y consensual, en virtud del cual una o más personas se interesan en alguna o algunas de las operaciones mercantiles, que otra u otras verifiquen,

9.- Rafael de Pina Vara, Elementos de Derecho Mercantil Mexicano, Ed. Porrúa México 1970 p. 188. También Mantilla M. op. cit. p. 184, Luis Muñoz op. cit. T. II p. 143, Octavio Calvo y Arturo Puente op. cit. p. 121.

10.-Mario A. Rivarola op. cit. p. 346 y Carlos C. Malagarriga op. cit. p. 317

11.-Op. cit. p. 710.

contribuyendo a ellas con una parte del capital o del trabajo, y obrando cada una en su propio nombre y sin ofrecer más garantía que la de su propio crédito".

Lorenzo Benito(12) dice que es "una convención de carácter privado, por virtud de la que, una o varias personas (comerciantes o no) interesan, mediante la aportación de un capital a una o varias operaciones mercantiles, o a una empresa comercial que ellos dirigen, a otra u otras, en las utilidades o pérdidas que éstas produzcan, en los términos y condiciones estipuladas".

Por último Emilio Langle(13) expresa: "podría darse su noción doctrinal diciendo que una persona (titular, participante, asociante, gestor o complementario), se obliga a dar participación a otra (partícipe o asociado), en las utilidades y pérdidas de una o varias operaciones mercantiles, o del comercio entero que realiza aquélla bajo su exclusivo nombre y responsabilidad, a cambio de una aportación que ésta se compromete a conferirle".

Los últimos tres autores citados coinciden en que no se necesita que alguna de las parte al menos, sea comerciante. Desde luego que podrían serlo o más aún, es posible que como consecuencia de la asociación en participación alguna de ellas adquiriera esa calidad. Pero esto lo analizaremos al hablar de la capacidad de las partes al momento de la constitución del contrato.

Se deduce también, que ninguno de ellos es partidario de considerar la asociación en participación como una sociedad, puesto que para Alvarez del Manzano, Bonilla y Miñana es un contrato, para Langle un contrato "sui generis" y para Benito una "verdadera forma de asociación". La cuestión de si es o no una verdadera sociedad se verá en el inciso relativo a la naturaleza jurídica de esta institución.

Existen otras cuestiones que resaltar, como la momentaneidad, temporalidad, y permanencia de la asociación en participación, el tipo de aportación, y el carácter oculto de esta figura o titularidad de las operaciones, que aquí solo enumeramos y que analizaremos con más detalle en su oportunidad.

Sólo haremos dos comentarios: a) que a nuestra manera de ver, hemos coincidido con ellos, al mencionar como requisitos indispensables la pluralidad de personas, el fin común de lucro, (que se desprende de las definiciones), y la participación del asociado en los resultados del gestor. b) el único que hace alusión a los términos y condiciones prefijadas por los contratantes, es Lorenzo Benito. Cosa muy importante puesto que la ley fundamental -

12.- Op. cit. p. 171.

13.- Op. cit. p. 329.

de la asociación en participación será siempre lo pactado por las partes, - independientemente de toda la supletoriedad que se puede dar a la ley, la - jurisprudencia y la doctrina. Excepto que la convención vaya en contra de lo que las legislaciones establecen.

El alto grado de libertad que tienen las partes para obligarse, está dado - por la propia legislación, excepto, repetimos, las salvedades de la misma.

2.2.3. TERMINOLOGIA

Lo que en México, Venezuela e Italia se conoce bajo el nombre de "asociación en participación" recibe distintas denominaciones dependiendo del país de que se trate. (14)

De esta manera, en España, Perú, Cuba y Portugal se le llama -- "cuentas en participación".

En la República Dominicana se le denomina "asociación mercantil en participación".

El código francés adopta el nombre de "asociación comercial en participación", mientras que en Canadá continúa la antigua denominación de "sociedad anónima".

Guatemala por su parte, la conoce bajo el nombre de "contrato de participación".

En Alemania y Austria, se utiliza la expresión de "sociedad tática".

Otros países en cambio, la conocen bajo dos rubros igualmente válidos, tal es el caso de Chile y Ecuador que la nombran "asociación o cuentas en participación". Igualmente en Argentina y en Uruguay, la expresión legal es "sociedades accidentales o en participación".

El código Suizo de las obligaciones, no menciona la asociación en participación, ya que se rige por las reglas de la sociedad simple.

14.- Fuente: Directamente algunos códigos de comercio o bien Solá de Cañizares op. cit. a lo largo de la obra.

2.3. CONSTITUCION Y CLASES

2.3.1. CONDICIONES DE FORMA

En México, respecto a las condiciones de forma para la celebración del contrato, nuestra ley general de sociedades mercantiles, dispone en su artículo 254 que: "El contrato de asociación en participación deberá constar por escrito, y no estará sujeto a registro".

Así que en México, la convención de las partes, debe constar -- por escrito, y puesto que no exige que sea escritura pública, -- se entiende que se trata de un escrito privado.

El maestro Mantilla Molina (15), opina que nuestra legislación -- se ha apartado de aquéllas en las que se ha inspirado y critica este formalismo puesto que el comercio "busca la libertad de -- formas y la simplicidad de los contratos".

Por su parte el maestro Cervantes Ahumada, ha dicho que la forma se prescribe sólo "ad probationem causam" pero que la falta del escrito no invalidaría al contrato, dada la naturaleza del mismo. (16)

Efectivamente, la tendencia es considerar el contrato, como un contrato consensual, el cual se perfeccionaría por el consentimiento de las partes, es decir que valdría un pacto verbal y no necesariamente escrito. (17)

Ya el código de comercio mexicano de 1889 había recogido esta -- opinión, puesto que su artículo 271 otorgaba libertad absoluta a las partes, en cuanto a la forma. Lo mismo hicieron las redacciones de proyecto de código de comercio de 1950, 1952 y 1960 -- al establecer en el artículo 893 que el contrato de asociación en participación "no estará sujeto a formalidad alguna ni a registro". (18)

15.- Op. cit. p. 187

16.- Op. cit. p. 552

17.- Francesco Messineo, Manual de Derecho Civil y Comercial, - Tomo VI Ediciones Jurídicas Europea-América. Buenos Aires - 1955, p. 3. También Alvarez-Bonilla-Miñana, op. cit. p. 710 Igualmente Mario A. Rivarola, op. cit. p. 354.

18.- Mantilla Molina, op. cit. p. 187.

De las legislaciones de que tenemos conocimiento, sólo Venezuela y en cierto modo Bolivia, adoptan el sistema mexicano de la escritura.

El artículo 369 del Código de Comercio Venezolano, dispone que aunque esta figura está exenta de las formalidades establecidas para las compañías, su existencia deberá probarse por escrito.

Y el artículo 288 del Código Mercantil Boliviano dispone que -- "las sociedades accidentales (asociación en participación) pueden constituirse por cualquier especie de documentos, sin necesidad de escritura pública". En este caso, creemos que, no se exige un contrato por escrito pero sí la existencia de documentos, como por ejemplo correspondencia cruzada entre gestor y -- partícipe.

Por lo demás, las legislaciones de Bélgica, Brasil, Chile y Colombia, no requieren de formalidad alguna para la celebración del contrato, el cual puede ser probado por cualquier medio de prueba, según las respectivas legislaciones.

Guatemala en cambio, ha mostrado un excesivo rigor, al exigir - en el artículo 453 del código de comercio, que el contrato debe constar en escritura pública.

Algunos dispositivos legales se limitan a otorgar la libertad - de forma a los contratantes, otros enumeran con carácter de --- enunciativas algunas de las formas que pueden utilizarse, pero como afirma Emilio Langle(19), se trata de una autorización. -- Por ello continúa diciendo que es aconsejable en todo caso, --- "una redacción escrita, que puntualice con exactitud las cláusulas del contrato y prevenga los muchos peligros que, de lo contrario, amenazan al partícipe o al titular, o a ambos".

Como la observación de Langle, nos convence totalmente, creemos que la exigencia de nuestra ley, que prescribe la forma escrita, es adecuada, y que además debería ser adoptada por las demás legislaciones con objeto de evitarse problemas en la práctica.

En este punto, Manuel Cervantes(20) agrega una recomendación -- más; en el sentido de que el contrato se lleve a cabo ante dos testigos.

19.- Op. cit. p. 728.

20.- Op. cit. p. 154.

Por lo que hace a las condiciones de forma, hay que agregar que para cierto tipo de aportaciones, es necesaria cierta formalidad, dependiendo del tipo de aportación de que se trate.

Especialmente, el artículo 257 de la ley mexicana dispone 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..."

Indudablemente que la ley, se refiere a los bienes inmuebles, y evidentemente que para transferir la propiedad de un bien inmueble, se requerirá de escritura pública y del registro correspondiente.

La falta de estas formalidades, impedirán la transferencia de la propiedad, situación que se presenta en todos los países, -- tratándose de este tipo de bienes.

Italia va un poco más allá todavía. En este país no es obligatorio un documento escrito pero éste será necesario si se aportan bienes inmuebles o derechos reales, o su uso por un tiempo indeterminado, o que exceda de nueve años. (21)

Veremos que en el artículo 257 de nuestra L.G.S.M. al igual que en otros países se acepta la posibilidad de que las partes estipulen, que la propiedad de lo aportado, no pase al dominio del asociante.

En este caso la ley, requiere de otra formalidad más, y es que dicha estipulación, deberá ser inscrita en el Registro Público de Comercio del lugar donde el asociante ejerce el comercio.

Lo anterior es muy natural, porque así los terceros tendrán conocimiento exacto de hasta dónde puede responder económicamente el asociante.

21.- Artículo 1350 del Código Italiano de 1942.

2.3.2. PUBLICIDAD Y REGISTRO

Como veremos más adelante, la asociación en participación, no tiene personalidad jurídica. Por ello no nace un centro de derecho y obligaciones, o sea que no se crea un nuevo ente distinto de las personas que contratan.

Por eso la asociación en participación, como dispone nuestro artículo 253, no tiene razón social o denominación. Por lo mismo no está sujeta a las reglas de publicidad que rigen para las sociedades.

Nuestra ley no exime, expresamente, a la asociación en participación del requisito de "publicidad" de las sociedades mercantiles, pero sí lo hace explícitamente al no requerirlo, y al mencionar evidentemente, que no está sujeta a registro.

La situación es obvia: si no nace una persona jurídica, si el asociado permanece oculto, y si el gestor responde ilimitadamente frente a los terceros, no hay ningún motivo para que la asociación en participación se publique y se registre.

En este sentido todas las legislaciones analizadas, coinciden, la asociación en participación no está sujeta ni a publicidad ni a registro.

Ahora bien, si hemos dicho que el requisito de escritura a pesar de no ser exigible en la mayoría de los países, las partes certeramente pueden hacer uso de ella, ¿podríamos decir que para las partes a pesar de no exigírselo, sería provechoso hacer uso de la publicación y de la inscripción?

Algunos autores, como el Dr. Malagarriga, opina que la inscripción, no sólo no es obligatoria, sino que es legalmente imposible. En este caso ciertamente la imposibilidad existe, pero por que en su país, Argentina, el artículo 36 del código de comercio excluye de los documentos cuya inscripción pertenece al registro, los escritos de sociedad en participación. Y además hay que tomar en cuenta, que en Argentina tampoco se exige la forma escrita para la celebración del contrato.

Algunos autores opinan que la asociación en participación no es inscribible en el registro, dado el carácter oculto de la misma. Incluso se dice que los registradores, deben denegar toda demanda de inscripción, de un contrato de asociación en participación.

Creemos que estos autores tienen razón, porque registrar el contrato va contra la naturaleza oculta de la asociación en participación, perdiéndose así una de sus mayores ventajas.

2.3.3. CAPACIDAD Y NECESIDAD DE LA CONVENCION

Referente a la capacidad de las partes mencionaremos que desde luego ellas deben gozar de capacidad legal para obligarse conforme los términos del contrato. El asociado por ejemplo, debe tener la facultad de enajenar sus bienes, o poder de administración sobre los mismos en caso de que no transfiera la propiedad al asociante. Este evidentemente deberá tener la capacidad legal suficiente, para las acciones que realiza.

En México el artículo 252 de la ley dice que los contratantes - deberán ser personas, que como hemos dicho pueden ser físicas o morales, pero no requiere, como sucede en otros países, que algunos o ambos sean comerciantes. A pesar de ello el artículo -- 257, da por un hecho que el asociante lo sea al referirse al Registro Público de Comercio, del lugar "donde el asociante ejerce el comercio".

Creemos que en nuestro país ninguno de los contratantes, requiere la calidad de comerciante, sin perjuicio desde luego, que uno o ambos lo sean, o bien que por la gestión de la asociación en participación se adquiera tal calidad.

El código de comercio mexicano, al igual que los de otros países, reputa comerciantes entre otros, a las personas que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio hacen de él su ocupación ordinaria y a las sociedades constituidas con arreglo a las leyes mercantiles(22). Por lo tanto si la asociación en participación es sobre toda una negociación mercantil ya existente, o sobre una o varias operaciones de comercio que forman parte - de las que realiza una empresa mercantil constituida con anterioridad, el asociante entonces sí será comerciante, pero considere ramos que son dos cosas totalmente diferentes, el que un contratante sea comerciante de por sí, a que la ley exija que para -- ser contratante, deba ser comerciante.

Algunos autores como Cervantes Ahumada(23) opinan que "el asociante será siempre un comerciante" pero creemos que se trata - de dos personas, que pactan una asociación en participación para una sola operación mercantil aislada, éstas no por eso se -- convierten en comerciantes, según lo dice el artículo 4 del código.

22.- Artículo 3 Cod. Com. Mexicano.

23.- Op. cit. p. 552.

Distinto es el supuesto planteado por Solá de Cañizares(24) al expresar que aún cuando la ley no exige la calidad de comerciante al asociante, éste debe gozar de capacidad "para realizar -- operaciones de comercio", y fundamenta su dicho en el texto de los artículos 252 y 256 de la ley de sociedades mercantiles, -- porque en ellos se dispone que el asociante obra en nombre propio y que la asociación se puede referir a una o varias operaciones de comercio, o a una negociación mercantil en su totalidad.

La opinión de Solá de Cañizares, nos parece totalmente acertada sólo en cuanto a uno de los tres supuestos del artículo 252.

Si el objeto de la asociación en participación es toda una negociación mercantil, resulta claro que el asociante, para poder -- estar al frente de la misma, deberá tener capacidad para el comercio, puesto que tal calidad adquirirá producto de las funciones que realice. Pero si el objeto de la asociación es sólo una operación mercantil, el gestor no por realizarla adquirirá el -- calificativo de "comerciante". La situación varía, si se trata de varias operaciones de comercio. En este caso la situación dependerá del número de operaciones que se realicen y del hecho -- de que el gestor haga o no de ellas, su ocupación ordinaria.

En todo caso, si el gestor requiere de la capacidad de comercio, ésta está dada por el artículo 5 del código que a la letra dice: "Toda persona que según las leyes comunes es hábil para contratar y obligarse, y a quien las mismas leyes no prohíben expresamente la profesión del comercio, tiene capacidad legal para --- ejercerlo".

Por lo tanto concluimos que en México no se exige a ninguna de las partes, que deba ser comerciante para celebrar una asociación en participación, y que no se requiere ninguna condición -- especial, excepto la capacidad para ejercer el comercio, cuando el asociante, por las funciones que desempeña vaya a adquirir -- la calidad de comerciante.

Nos atrevemos a hacer tal afirmación porque como hemos expresado, debemos distinguir entre la calidad de comerciante ya adquirida previamente a la celebración de la asociación en participación, y a la calidad de comerciante producto del desarrollo de la misma.

24.- Op. cit. p. 73.

Legislaciones como las de Bélgica, Venezuela o Guatemala, etc. tampoco requieren de capacidad especial a los contratantes, pero otras como la de Chile o la de Colombia, exigen a ambos, que sean comerciantes, pero en la práctica los asociados no lo son y en la jurisprudencia de esos países, no por ello se ha negado la existencia de la asociación en participación(25). Otras reglamentaciones como la de Brasil por ejemplo, pide que por lo menos uno de los socios sea comerciante.

De cualquier forma la doctrina se ha pronunciado por calificar de "caprichoso" o "erroneo" el requisito de "comerciante" o "comerciantes", de aquellas legislaciones que lo exigen.(26)

Pasemos ahora a la cuestión relativa a la convención de las partes. Sobre este asunto, no obstante su capital importancia, realmente no hay mucho que decir, debido a la evidente existencia de la misma.

Que nosotros sepamos, ninguna legislación exige la existencia de la convención, pero es que no se exige porque de no haberla, definitivamente no podría haber asociación en participación.

Lo que sucede es que, se goza de tanta libertad para su realización, que las leyes ciertamente la consideran, pero no explican su contenido. Sin embargo sí resaltan el valor de la misma.

La convención de las partes es la ley principal que regirá la asociación en participación. En esto tanto leyes como autores están absolutamente de acuerdo.

De tal manera que las partes deben preocuparse por efectuarla lo más completa y clara, que sea posible. Deben cuidarse mucho, de tener tanto una como la otra, elementos suficientes para probarla, en los términos y condiciones en que fue aprobada, puesto que en caso de conflicto, será lo que indique el camino a seguir, para encontrar la solución al problema.

25.- Langle Emilio op. cit. Tomo III p. 330. También Solá de Cañizares, y jurisprudencia que citan.

26.- Alvarez-Bonilla-Miñana, op. cit. p. 716. También Emilio -- Langle, op. cit. p. 330 y 339. Igualmente Manuel Broseta - Pont, Manual de Derecho Mercantil, Ed. Tecnos Madrid 1974 p. 331. De la misma manera Lorenzo Benito, Garrigues, etc.

Desde luego que la asociación en participación es de tipo "intuitu personae", y que la confianza entre las partes es primordial, pero esto no implica una seguridad absoluta en las acciones del otro.

La importancia de la convención es tal, que si una de las partes no llegara a probar su existencia, seguramente no obtendrá respuesta satisfactoria a ninguno de sus reclamos.

Finalmente diremos, que la convención no podrá rebasar los límites que impone la ley, por ejemplo el pacto Leonino.

2,3.4. DIFERENTES CLASES DE ASOCIACION EN PARTICIPACION

Conforme lo dispone el artículo 252 de la L.G.S.M. en nuestro país, la asociación en participación puede referirse a tres supuestos:

- 1.- Relativa a una operación de comercio.
- 2.- Relativa a varias (dos o más) operaciones de comercio, y
- 3.- Relativa a toda una negociación mercantil.

Partiendo de la clasificación anterior, el maestro Mantilla Molina(27), apoyado por Luis Muñoz(28) opina que la asociación en participación puede ser de dos formas, a saber momentánea y permanente, veamos:

- a) Momentánea, (accidental o pasajera) (29), será aquella - que sea constituida para la celebración de una o varias operaciones de comercio.
- b) Permanente, la constituida para la explotación de una - negociación mercantil en su totalidad.

Por su parte el Dr. Raúl Cervantes Ahumada(30), nos proporciona otra clasificación:

- a) Singular.- La asociación en participación que se refiera a un sólo negocio, y
- b) Plural.- La constituida para varios negocios comerciales. Agrega que ésta última "podrá ser" parcial o total; conforme lo siguiente:
 - b.1.) Parcial, cuando se trate de algunos de los negocios de la empresa del asociante, y
 - b.2.) Total, cuando abarque todos los negocios, es decir ---- "cuando el asociante comparta con el asociado, la empresa en su totalidad".

Esta clasificación, nos parece más completa, porque su autor -- previó que la o las operaciones mercantiles, aunque sólo fueran unas cuantas y determinadas, pueden o no formar parte de las -- operaciones que realiza una negociación mercantil. Por tal motivo se dice que la asociación plural "podrá" ser parcial o total.

27.- Op. cit. p. 184.

28.- Op. cit. p. 144.

29.- Estos nombres son proporcionados por Lorenzo Benito, quien también acepta esta clasificación, op. cit. p. 171.

30.- Op. cit. p. 552.

De todos modos nos parece mejor la siguiente proposición(31), - que consiste en decir que la asociación en participación puede ser de tres clases:

- a) Ocasional o momentánea, para una operación solamente.
- b) Temporal, para varias operaciones mercantiles, y
- c) Permanente, para la explotación de una empresa.

Desde luego que la operación a que se refiera la asociación ocasional, o las de la temporal, podrán formar parte de la totalidad de operaciones que realice una empresa comercial, y que esto no variará la clasificación anterior, la cual consideramos - como la más acertada, puesto que el tratamiento que los contratantes le den en la práctica será distinto según el tipo de asociación de que se trate, independientemente de que la clasificación no tenga, legalmente, trascendencia alguna.

Bélgica, Chile, Venezuela y Bolivia, entre otros países, también aceptan que la asociación en participación pueda referirse a una o varias operaciones o a toda una empresa mercantil, pero en cambio Guatemala, Brasil, Colombia, etc. no permiten que se extienda a la explotación de una negociación comercial en su totalidad sino sólo a una o varias operaciones de comercio. Para estos países entonces la clasificación válida es aquella que sólo considere las asociaciones ocasionales o temporales.

Otros autores como Brunetti(32) al referirse a las formas de la asociación en participación en Italia, (la cual será estudiada en el próximo capítulo) mencionan otros tipos de esta figura, - atendiendo primordialmente a la naturaleza de la aportación, o a las proporciones de la participación en las pérdidas o ganancias, y en todo caso se podría agregar que se puede atender el número de contratantes, pero creemos que estas características son más bien, particularidades que pueden revestir cualquiera - de las clases antes mencionadas, y no tipos especiales del contrato.

31.- Langle, op. cit. p. 330

32.- Antonio Brunetti, Tratado del Derecho de las Sociedades, - Tomo I, Editorial U.T.E.H.A., Buenos Aires, 1960 p. 42.

2.4. NATURALEZA JURIDICA

El carácter jurídico de la Asociación en Participación, ha sido sumamente discutido por la doctrina de todos los países. Se trata de una polémica que viene de siglos y, es tal la singularidad que presenta, que los tratadistas de todos los tiempos, no han podido llegar a una conclusión que sea aceptada unánimemente. No obstante habersele equiparado con múltiples fórmulas jurídicas, la naturaleza de la asociación en participación, es indudablemente la cuestión que de esta figura ha ocasionado más debates y los seguirá causando; es tan especial su deciframiento, que algunos autores han omitido, a nuestro parecer deliberadamente, su opinión al respecto; es más, ni siquiera han enumerado los pareceres de otros tratadistas(33). Varios se han limitado simplemente a señalar su opinión, diciendo por ejemplo: -- que es una sociedad o que es un contrato, pero sin analizar la naturaleza jurídica de esta figura y desde luego, sin fundamentar su dicho.(34)

Lo anterior nos muestra lo problemático de esta cuestión.

No es fácil emitir una opinión al respecto; por nuestra parte, consideramos que la naturaleza jurídica de la asociación en participación es la de un contrato, CONTRATO DE ASOCIACION EN PARTICIPACION. Lo expresado, creemos que no quita valor a otros argumentos.

Las legislaciones de algunos países, como Francia, Alemania, Argentina, Uruguay y Ecuador, califican de "sociedad" a la Asociación en Participación, a diferencia de otros como Guatemala y el nuestro, que la consideran como un "Contrato". En otros lugares como Italia, Chile o Colombia, la ley utiliza la expresión de "Asociación" para referirse a ella y España, por ejemplo, -- evita el problema omitiendo cualquier expresión de este tipo. -- Para problematizar todavía más esta cuestión, algunas reglamentaciones, no son coherentes consigo mismas y a pesar de no considerarla como sociedad, la regulan en textos destinados a las mismas; o si la consideran sociedad, no está prevista dentro de éstas. Debemos agregar el caso de Venezuela, que es todavía más grave, puesto que al reglamentar esta figura, su Código de Comercio titula la sección correspondiente como "Cuentas en Participación", pero emplea las expresiones de "Asociación" y "Sociedad", al desarrollar el articulado.(35)

33.- Por ejemplo, Arturo Puente y Octavio Calvo, op. cit.cap.XV.

34.- V gr. Rafael de Pina Vara, op. cit. p. 188.

35.- Fuente: Felipe Solá de Cañizares.

Dada la diversidad de criterios que han seguido los ordenamientos y puesto que la terminología jurídica de los legisladores, no siempre es correcta, creemos que es punto menos que imposible, tratar de obtener la noción que necesitamos, en base a los pareceres de las legislaciones.

Creemos pues, que la naturaleza jurídica de la Institución, ha de buscarse por sus caracteres fundamentales, por lo que con objeto de mantenerlos en la mente, enunciaremos las notas características de esta figura.

- 1.- Agrupación de personas.
- 2.- Fin común de lucro.
- 3.- Objeto común (la operación u operaciones del gestor, o la negociación del asociante).
- 4.- No hay un ejercicio en común de la actividad económica.
- 5.- El asociado participa en el resultado del negocio del otro, y el asociante gana o pierde por su propio negocio.
- 6.- Ausencia de personalidad jurídica. Por lo que carece de:
 - a) nombre
 - b) domicilio
 - c) patrimonio
 - d) nacionalidad
- 7.- Ausencia de un fondo común.
- 8.- Carácter oculto del asociado.
- 9.- No está sujeta a publicidad ni a registro.
- 10.- Responsabilidad limitada del asociado y responsabilidad ilimitada del asociante.
- 11.- Las relaciones con terceros sólo competen al asociante.
- 12.- Las aportaciones son (por lo general) propiedad del asociante.
- 13.- Carece de una estructura definida.

Hemos dicho que varias son las teorías, que la doctrina moderna ha formulado, para explicar la naturaleza de esta institución - tales como: el mutuo, el arrendamiento de obra, el depósito, el mandato o comisión, y finalmente la gran discusión de si se trata o no de una sociedad.

A).- TEORIA DEL MUTUO.- Definimos el Mutuo, como un "contrato - por el cual el mutuante se obliga a: transferir la propiedad de una suma de dinero o, de otras cosas fungibles al mutuuario, - quien se obliga a devolver otro tanto de la misma especie y calidad" (36). Igualmente sabemos que el mutuo puede ser estipulado con interés ya legal o convencional.

36.- Art. 2384 del Código Civil del D.F., (México).

Creemos que no estamos en presencia de un mutuo (préstamo) simple (sin interés), por las siguientes razones:

- 1a.- En el mutuo no existe una finalidad común de lucro, puesto que el mutuante, no obtiene ganancia alguna.
- 2a.- En el mutuo, a diferencia de la asociación en participación, el mutuuario siempre tiene la obligación de restituir el mutuante las cosas prestadas.
- 3a.- Muchas veces en el mutuo, el mutuuario puede destinar lo recibido, al fin que él desee, sin importar la opinión de quien entrega; situación que no puede presentarse en la Asociación en Participación.
- 4a.- Finalmente el asociado, tiene ciertos derechos de los que no goza el mutuante, como rendición de cuentas.

Consideramos que tampoco se trata de un MUTUO con interés, porque si en éste, sí se podría hablar de una finalidad común de lucro, no se podría decir que, el mutuante obtiene su ganancia por participar en el resultado de la actividad del otro, sino que su ganancia, además de que existirá siempre, estará fijada y cuantificada de antemano. En adición, las razones 2, 3 y 4, son también aplicables al Mutuo con Interés.

B).- TEORIA DEL ARRENDAMIENTO DE OBRA.- Podemos decir que esta figura no es más que un arrendamiento de la actividad personal de otra con cesión de su resultado en beneficio ajeno y mediante una retribución(37). Consideramos que los tres argumentos que siguen, son suficientes para concluir que la asociación en participación, no es equiparable con esta figura:

- 1o.- La persona que cede el producto de su actividad personal, no participa en las pérdidas y ganancias de la actividad mercantil del otro.
- 2o.- No tiene derecho a decidir respecto del fin o uso que aquella persona destine para lo recibido.
- 3o.- Carece de los derechos del asociado de Rendición de Cuentas e Inspección.
- 4o.- Si la contribución es solo industrial, nunca podría decirse que el otro es "propietario" de su actividad.

C).- TEORIA DEL DEPOSITO.- Por el depósito una persona (depositante), entrega a otra (depositario), un bien (mueble o inmueble), con la obligación de éste de guardarla o custodiarla, hasta que el otro se la pida; teniendo la obligación el depositario de restituirla. Es característica de este contrato, que no se permita al depositario el uso, ni mucho menos la propiedad, pudiendo éste exigir una Retribución. (38)

37.- Langle, op. cit. p. 335.

38.- En México tratándose del depósito Bancario de dinero, el art. 267 de la ley de títulos expresa que si se transfiere la propiedad de los aportados.

Consideramos suficientes cuatro razones por las que tampoco aceptamos esta teoría:

- 1a.- En la Asociación en Participación el asociante recibe en propiedad, salvo pacto en contrario, y, en el depósito la propiedad, - nunca se transfiere.
- 2a.- Ciertamente el asociante puede recibir un bien con derechos sólo de uso y usufructo y utilizarlos para su negocio, pero el depositante no puede distraer lo depositado para sus actividades.
- 3a.- El depositario no participa en el negocio del otro, ni en sus -- pérdidas o ganancias.
- 4a.- Los bienes aportado en la asociación nunca tienen una finalidad de custodia.

D).- TEORIA DEL MANDATO O COMISION.- Varios de los argumentos esgrimidos para rechazar las teorías anteriores, podrían repetirse para hacer lo mismo - con ésta; sólo agregaremos que es fundamental en el Mandato, que el mandatario actúe en nombre del mandante, en negocio de éste y no propio; mientras que en la Asociación en Participación el que actúa (asociante), lo hace no por orden del asociado, sino por su propia cuenta y nombre y, relacionado, con un negocio que no le es ajeno.

Hasta aquí, rechazar las opiniones que la doctrina nos ha proporcionado para demostrar la naturaleza jurídica de la asociación en participación, ha sido relativamente sencillo. En realidad la controversia fundamental, radica en decidir si se trata de una sociedad o de un contrato.

Ambas tendencias doctrinales, fundamentan y defienden su parecer a través - de autores, indudablemente conocedores de la materia.

Entre los que defienden la tesis de una sociedad, se encuentran: Georges Ripert, Felipe Solá de Cañizares, Roberto L. Mantilla Molina, Carlos C. Malagarriga, Mario A. Rivarola y otros. La tesis de considerarla como contrato cuenta con: Francesco Messineo, Emilio Langle y Rubio, León Bolaffio, Manuel Broseta Pont, Joaquín Garrigues y otros. (39)

Como lo habíamos mencionado, para nosotros se trata de un contrato a pesar de reconocer que guarda ciertas similitudes con la sociedad, especialmente - con la sociedad comanditaria(40). Sin embargo, se ha mencionado correctamen

39.- Langle y Rubio menciona a Garrigues como partidario de la sociedad, pero esto no sucede en la edición del curso de derecho mercantil con -- que nosotros contamos, y sí en cambio menciona que se trata de un con-- trato mercantil. Ver cita 41.

40.- Agustín Vicente y Cella, Introducción al Derecho Mercantil Comparado, Editora Nacional, S.A., México 1951, p. 291 y 292.

te, que "en el carácter interno que tiene la aportación del capitalista, se fundan no sólo las diferencias con la sociedad comanditaria, sino las que separan la asociación en participación, de las sociedades mercantiles" (41). Sería más claro decir que: "la contigüidad con la disciplina de la sociedad, no debe llevar a engaños acerca de la afinidad entre los dos fenómenos. Por el contrario, debe observarse inmediatamente que, con respecto a la sociedad en general, la asociación en participación se destaca más por los caracteres diferenciales, que por las afinidades". (42)

Trataremos de seguir el orden de los caracteres sobresalientes de la asociación en participación, señalados con anterioridad, a fin de remarcar las similitudes y diferencias que existen, en relación con la sociedad en general:

- 1o.- Ciertamente ambas formas se refieren a una agrupación de personas. La sociedad requiere de socios, y, la participación, requiere por lo menos, de un asociado y un asociante. Se dice que en este sentido, la asociación en participación es más sociedad que la sociedad anónima que funciona con un sólo accionista. Creemos que aún, este caso, (que es excepción), de sociedades anónimas - unimembres, diferencia a la sociedad de la participación, porque ésta es imposible que se constituya, con una sola persona, en cambio, es aceptado que la sociedad anónima exista con un sólo socio.
- 2o.- Aceptamos que el fin común de lucro, es común a ambas instituciones. Por lo mismo descartamos que la naturaleza de la asociación en participación (regulada por el Derecho Mercantil), sea del tipo de una "asociación" (que contempla el derecho civil), puesto que en ésta, no existe el carácter comercial que tiene aquella.
- 3o.- En cuanto al objeto común, éste también existe, tanto en la asociación en participación, como en la sociedad, puesto que tanto en una como en otra, se establece el destino para el cual las aportaciones han de servir; y así como la sociedad no puede variar el objeto social sin el consentimiento de los socios, el asociante, no puede utilizar lo recibido por el asociado para otro fin, que no sea el pactado y aprobado conjuntamente, a menos que cuente con su aceptación. Pero es la sociedad el titular de ese objeto social, que en la asociación en participación, es la negociación mercantil del asociante o la operación comercial, es la sociedad misma persona jurídica distinta de los socios; mientras que en la participación el asociante (que equivaldría a uno de los socios), es el titular del objeto social, lo cual abre una zanja entre una y otra forma.
Pensemos que la asociación en participación se va a referir a todas las operaciones que realiza la negociación mercantil del asociante. En este caso el asociado, no podrá influir sobre el obje

41.- Joaquín Garrigues, Curso de Derecho Mercantil, Tomo II, Sexta Edición, Editorial Porrúa, México 1979 p. 56.

42.- Massinco, op. cit. p. 3.

to social, sino que tendrá que aceptarlo tal cual es, si quiere participar en las ganancias, no obstante que él aporte la mayoría del capital requerido para que funcione el negocio; en cambio el socio de una sociedad, indudablemente que tiene el derecho a decidir sobre el objeto social, incluso, tiene derecho a modificarlo y con más seguridad de éxito, mientras más capital aporte.

40.- En la asociación en participación, no se puede decir que exista un ejercicio en común, de la actividad económica. En la sociedad en comandita simple o por acciones, el socio comanditario, no puede llevar a cabo acto alguno de administración sobre la sociedad(43), lo cual coincide con la titularidad de las operaciones de que goza el asociante y que no puede tener el asociado. Pero no es razón suficiente para asimilar una figura con la otra, puesto que hay en cambio otras grandes diferencias.

En cambio, en las sociedades colectivas, anónimas y de responsabilidad limitada, los artículos 36, 142 y 74 de la L.G.S.M. respectivamente, establecen que la administración estará a cargo de una o varias personas, que podrán ser socios o no; caso último en que serán nombrados por los socios. Esto concuerda con el sentido de la "affectio societatis" para el ejercicio en común de la actividad económica, que los socios desean realizar. -

(44)

Creemos que la "affectio societatis", consiste en la intención de las personas de crear una sociedad, poniendo algo en común para su explotación también en común. Por eso los socios pueden constituirse en Consejo de Administración; y si, por otras actividades, no pueden dedicarse a la gestión de la sociedad, pueden contratar mandatarios que la administren, los cuales actuarán, según las órdenes de los socios. Si esta situación también es extensiva al asociante, el asociado en cambio, por su carácter oculto debe permanecer ajeno a la actividad económica y no debe tener relaciones con terceros como tal, puesto que éstas corresponden al asociante; además de que en la asociación en participación, la contribución del asociado no se pone "en común", sino que se transfiere al asociante.

No hay una colaboración activa, porque "actúa una sola persona - aisladamente y en su solo nombre y la intención de las partes se contraponen precisamente, a la constitución de una verdadera sociedad". (45)

50.- Ha quedado sentado que el asociante no es el titular del negocio, sino que lo es el asociado como la sociedad es la titular del objeto social.

43.- Ver artículo 54 L.G.S.M..

44.- Antonio Brunetti, op. cit. p. 37. También Emilio Langle, op. cit. p.336 y Messineo, op. cit. p. 4..

45.- Langle, op. cit. p. 336.

La diferencia es clara, en la sociedad todos los socios, inclusive los de la comandita, participan de las ganancias o pérdidas de un negocio ajeno (el de la sociedad); por el contrario, en la asociación en participación, el asociante gana o pierde conforme su propio negocio.

De cualquier manera, el reparto de beneficios y pérdidas es argumentado por aquellos que defienden la tesis de que la asociación en participación es una sociedad, puesto que existe en ambas instituciones; sin embargo Messineo y Brunetti consideran, que el elemento "participación", diferencia aún más, una figura con la otra, puesto que, mientras en la sociedad la participación consiste en: "poder dar formación a un ente nuevo con voluntad propia, en poder de ingerencia sobre el mismo, y, en el derecho a las utilidades de naturaleza no real ni crediticia, sino propia, en la asociación en participación, el elemento participación realmente se reduce: al derecho en las utilidades o en el sometimiento a las pérdidas, concebido como un derecho de crédito,

- 60.- Definitivamente, todas las reglamentaciones y todos los autores están de acuerdo en que, la asociación en participación carece de personalidad jurídica. Esto significa que no se crea una nueva persona, distinta de la persona de los socios o contratantes, por lo que, las consecuencias de la falta de personalidad, separan todavía más esta figura con las sociedades, las cuales sí cuentan todas con personalidad propia.

Y, puesto que no existe una nueva persona, la asociación en participación, no tiene los atributos propios de aquella, careciendo de nombre, nacionalidad, domicilio y patrimonio propio. Por lo mismo no está sujeta a publicación ni a registro; tampoco debe constar en escritura pública. La misma falta de personalidad confirma el carácter oculto del asociado y, como veremos más adelante, no cuenta con un fondo social autónomo, ni con fondo de reserva; asimismo tampoco tiene una estructura definida. Todas estas características no se presentan en las sociedades de ningún tipo.

Los partidarios de considerar a la asociación en participación como una sociedad, han alegado como Solá de Cañizares que: "la participación es sociedad, aunque carezca de personalidad jurídica, puesto que a la sociedad irregular, sucede otro tanto", a lo cual se le ha contestado diciendo que: "....la diferencia no reside sólo en una formalidad externa, sino en una estructura jurídica". (46)

México sin embargo, concede personalidad jurídica, a las sociedades no inscritas en el Registro Público de Comercio, consten o no en escritura pública, con tal de que se hayan exteriorizado a terceros como sociedades.

46.- Solá de Cañizares y Emilio Langley, op. cit. p. 337

Esto podría llevarnos a creer que en nuestro país, una Asociación en Participación exteriorizada ante terceros y constando por escrito en cualquier papel, si tiene personalidad jurídica, con todos los beneficios que ésta ocasiona, tales como: nombre, domicilio, patrimonio propio, y, obligaciones y derechos exclusivos.

Lo anterior no lo aceptamos en primer término, porque el Art. 253 de la misma Ley; dice textualmente: "....la asociación en participación no tiene personalidad jurídica...." en segundo lugar, no obstante regularse la asociación en participación por la Ley General de Sociedades Mercantiles, no está prevista en el artículo primero de la misma, en el que se reconocen las especies de sociedades mercantiles existentes en México y a las que creemos se refiere el artículo segundo del mismo ordenamiento. Finalmente, en tercer lugar, el Dr. Cervantes Ahumada(47), ha destrozado cualquier argumento que se hubiera podido esgrimir a favor de la Reforma de 1943, por la que el Art. 2do. obtuvo su redacción actual, demostrando indudablemente el grave error que contiene la Ley.

Agrega Emilio Langle(48) que los defensores de la teoría de la sociedad "ba tiéndose en retirada", agregan al nombre de sociedad, algún adjetivo como: Sociedad Accidental o Sociedad Momentánea u Ocasional, pero creemos que esto impediría una asociación en participación permanente y como hemos visto esta institución puede referirse a la totalidad de la actividad que realice una negociación mercantil.

Solá de Cañizares utiliza la expresión de sociedad interna, y en cierto modo también lo hace Mantilla Molina al caracterizarla porque no se manifiesta a terceros, pero siguiendo a Brunetti diremos que las expresiones de sociedad interna y sociedad oculta no son aceptables, puesto que "si la ley no concibe una sociedad inoperante externamente, tampoco, sin visible contradicción, podría concebirla en las relaciones internas".

Por todo lo anterior creemos que la asociación en participación no puede ser considerada como sociedad, sino que, como ya lo habíamos expresado, esta figura debe ser conceptualizada y analizada como un contrato.

47.- Op. cit. p. 49 y ss.

48.- Op. cit. p. 336 refiriéndose seguramente a autores como Malagarriga o Rivarola que así la llaman.

2.5. REGIMEN JURIDICO DE LAS APORTACIONES

Algunas legislaciones, para referirse a lo que se entrega al asociante utilizan solamente la palabra "aportación", pero otras expresan en qué puede consistir el objeto de la misma. De este modo nuestra ley general de sociedades mercantiles menciona que el contenido de la aportación puede consistir en "bienes o servicios", mientras que otros ordenamientos hablan simplemente del "capital".

Esto significa que en nuestro país, la aportación puede consistir en bienes muebles o inmuebles, incluyéndose el dinero dentro de los primeros; o en servicios, que no son otra cosa que el trabajo personal; o en cualquiera de las combinaciones que resulten. Lo esencial, como ha dicho la doctrina, es que el objeto de la aportación sea susceptible de valorización económica, cualquiera que sea su índole.

Por lo que hace al momento de la entrega de la aportación, éste será fijado por las partes y no necesariamente debe hacerse al momento de la celebración del contrato, incluso no es necesario que se aporte en un sólo acto, puesto que los contratantes son libres para elegir entre una exhibición única y total o pueden pactar que el asociado hará diversas entregas sucesivas. Si el objeto de la aportación es el trabajo personal del asociado, las partes deberán señalar claramente la fecha de iniciación de labores y la fecha de terminación si las hay, así como el tipo de trabajo que se desarrollará, el lugar en que se preste, etc..

El asociante es el titular de la empresa comercial o de la o las operaciones mercantiles objeto de la asociación, y para llevar a cabo su gestión, evidentemente utiliza lo entregado por el asociado y dado que los terceros desconocen por lo general, la existencia de éste, bien pueden suponer que aquél es propietario de todo aquello con lo que cuenta, pero esto no siempre es lo cierto, por lo que es preciso determinar, a quién pertenecen los bienes aportados.

El artículo 257 de la ley de sociedades, establece la presunción de que respecto a terceros, los bienes aportados pertenecen al asociante, ésta es la regla general y así lo reconoce la doctrina, pero las partes pueden estipular lo contrario.

Desde luego, si se trata de una aportación de servicios no puede decirse técnicamente, que una persona (asociante) es propietaria del trabajo personal de otro (asociado), pero debemos entender que aún cuando el asociado es el titular de su actividad, cede su resultado al asociante.

Se supone pues que el asociante es el propietario de lo aportado, pero esto sólo es para los terceros siempre y cuando no se trate de un bien cuya transmisión requiera de formalidad especial para ello, o que los contratantes hayan inscrito en el Registro Público de Comercio la cláusula en la cual el asociado se reserva el dominio de sus bienes. La L.G.S.M. en su artículo 257 agrega todavía una restricción más a esta presunción al decir que "... aún cuando la estipulación no haya sido registrada, surtirá AUN efectos si se prueba que el tercero tenía o debía tener conocimiento de ella."

La presunción que menciona la ley, es para proteger el interés de los terceros, y las restricciones que establece protegen a los contratantes de la asociación en participación.

Si se trata de bienes muebles, existe la presunción de que el poseedor es el propietario, por lo que los terceros bien pueden pensar que el asociante es propietario de lo que posee, error que se demuestra a través de la inscripción en el Registro Público de Comercio.

Si se trata de bienes inmuebles, los terceros no pueden ampararse en la apariencia, sino que deben acudir al Registro Público de la Propiedad, a investigar quien es el propietario del inmueble.

Y finalmente está la otra excepción de ley, por la cual no obstante que no se haya registrado la reserva de dominio, si el tercero conocía o debía conocer esta situación, carece de fundamento para alegar que el poseedor es el propietario.

Sabemos que la asociación en participación no constituye una persona jurídica, por lo tanto ésta no tiene patrimonio propio lo que hace que la aportación del asociado, incremente el patrimonio personal del asociante. No existe un fondo común, como en las sociedades, que garantice a los terceros sus derechos porque simplemente no es necesario, ya que es el asociante quien responde de las obligaciones contraídas ante los extraños a la asociación, es por eso por lo que generalmente recibe en propiedad la aportación del asociado.

La obligación que tiene el asociante en cuanto al uso de los bienes recibidos en aportación, consiste en que éstos deben ser aplicados al negocio pactado, y con objeto de que pueda lograr su máximo beneficio, tiene la facultad de gravarlos e incluso enajenarlos, pero siempre observando la o las operaciones para las cuales le fueron entregados, por lo mismo la aportación que recibe el asociado no puede quedar como garantía de obligaciones contraídas por el asociante ajenas al objeto de la asociación en participación.

Lo anterior no contraría el derecho de propiedad que se tiene sobre los bienes porque no se trata de una traslación pura y simple, sino que es una --- transmisión condicionada a un fin concreto y predeterminado. (49)

El asociado tiene derecho a que el monto de su aportación le sea restituido a menos que haya habido pérdidas y se le devuelva una cantidad menor a lo entregado. Desde luego que si la aportación consistió en servicios personales, éstos no podrán ser devueltos, pero a cambio de ello el asociado tuvo derecho a percibir cierta cantidad periódicamente, y finalmente si la aportación se hubiere consumido, el asociante deberá reintegrar su importe en efectivo, o en especie con la conformidad del asociado.

49.- Cardlián, citado por Iangle, op. cit. p. 343.

2.6, ESTRUCTURA

Innumerables ocasiones hemos expresado que la asociación en participación carece de personalidad jurídica, y el no crearse una nueva persona con derechos y obligaciones propios, permite que nos encontremos ante un número tan grande de posibles estructuras, como grande es el número de asociados.

Es decir que la estructura orgánica de cualquier asociación en participación, coincide con la estructura del titular de las operaciones a que se refiere la asociación, con la adición de la figura del asociado como un elemento que facilita y beneficia la actividad.

El asociante puede ser una persona física, o un comerciante individual, o bien una persona moral de grandes proporciones. Sin embargo hemos incluido este apartado con el objeto principal de comparar brevemente el funcionamiento de una asociación en participación, con el de una sociedad colectiva, porque nuestra ley declara aplicables a aquélla los ordenamientos destinados a ésta, con objeto de robustecer nuestra concepción de la institución que analizamos.

Es curioso, pero que nosotros sepamos, sólo nuestros vecinos guatemaltecos coinciden con la ley mexicana al declarar aplicables a la asociación en participación las normas establecidas para las sociedades colectivas.

Aunque indiscutiblemente es la sociedad en comandita, la forma social que más semejanza guarda con la asociación en participación, no hallamos beneficios prácticos en dedicarle a aquélla nuestra comparación, porque mientras la ley mexicana no se modifique, continuaremos aplicando las reglas de la colectiva a nuestra institución.

La sociedad colectiva sí crea una nueva persona jurídica distinta de los socios y ello constituye una de las dos principales diferencias con la asociación en participación a nuestro modo de ver. La otra es el tipo de responsabilidad que adquieren los socios, en contraposición de la que tiene el asociado.

El artículo 25 de la Ley Gral. de Sociedades Mercantiles establece que: "Sociedad en nombre colectivo es aquella que existe bajo una razón social y en la que todos los socios responden de modo subsidiario, ilimitada y solidariamente de las obligaciones sociales".

En realidad todo el artículo 25 es inaplicable a la participación puesto -- que ésta no tiene nombre (funciona con el del asociante), el asociado sólo responde limitadamente y el asociante no puede tener responsabilidad subsi-

diaria ni solidaria porque es el único obligado.

Al igual que la asociación en participación, los socios no deben tener la calidad de comerciantes para constituir la sociedad y si bien el asociante por la gestión de la asociación, puede adquirirla, los socios colectivos -- por el contrario no ejercen el comercio por medio de ella, o como consecuencia de su objeto, sino que es la sociedad como tal la que lo hace. Tanto en una como en otra forma, el mínimo requerido es de dos personas.

En cambio, varias de las obligaciones de asociado y asociante, serán obtenidas por la aplicación de las normas para los socios colectivos, como en su oportunidad lo veremos.

El capital social es relegado a un segundo plano, puesto que tanto socios colectivos como asociante responden ilimitadamente de las obligaciones.

Por lo que hace a la forma de administración de la sociedad la ley de sociedades establece en los artículos 36 y 37, que ésta estará a cargo de uno o varios administradores, los cuales serán nombrados por la mayoría de asociados y que podrán ser socios o no. Situación que no se presenta en la asociación en participación puesto que el asociante es único y no puede constituir un consejo de administración, cosa distinta es que el asociante sea una sociedad que sí cuenta con consejo de administración. Además el asociante no tiene alternativa, es él quien debe encargarse de la administración y en cambio el otro interesado no debe inmiscuirse en ella. En este punto la posibilidad de acción del socio es mucho mayor que la del asociado.

Puesto que el asociante es el único facultado (y obligado), para llevar la administración, la asociación en participación se libera de cargos como las de asambleas de socios, fechas de reunión, reparto de utilidades a los trabajadores, aguinaldo, etc..

En cuanto a la vigilancia de la sociedad, los socios no administradores, -- pueden nombrar un interventor que examine los actos de los administradores y el estado de la compañía, lo que es extendible a la participación, pudiendo el asociado vigilar el desarrollo de la actividad mercantil, y la actuación del asociante, gozando también del derecho de inspección, información y rendición de cuentas. Pero en ambos casos debe ser estipulado por las partes. Es decir que si el órgano de vigilancia es potestativo en la sociedad colectiva, no puede ser obligatorio en la asociación en participación.

Existe otra diferencia respecto a la admisión de un nuevo socio y de un nuevo asociante. Mientras que en la colectiva, la admisión de un socio nuevo -- requiere del consentimiento de la totalidad de los socios o de la mayoría -- de ellos en el mejor caso, es muy posible que en la asociación en participa

ción el asociado pacte, que el asociante puede celebrar libremente otro con-
trato de asociación en participación.

Finalmente las aplicaciones prácticas de la colectiva son contadas, y mien-
tras ésta tiende a desaparecer, la asociación en participación por el con-
trario, cada vez más va tomando mayor importancia y popularidad.

2.7. RELACIONES JURIDICAS INTERNAS Y EXTERNAS

Conociendo ya en qué consiste el contrato de asociación en participación, - habiendo analizado sus requisitos de constitución, así como sus especies, y contándose con la noción de su naturaleza jurídica podemos estudiar, las relaciones jurídicas que por tal contrato se derivan para las partes entre sí, y para los terceros ajenos al contrato.

Sabemos que entre derechos y obligaciones existe una correspondencia total, puesto que a todo derecho se contrapone una obligación y viceversa, por lo que en este apartado no hablaremos de los derechos y obligaciones tanto -- del asociante como del asociado porque implicaría repetir los unos en los otros pero en sentido inverso. Simplemente diremos las obligaciones o derechos de uno u otro en el sentido de la correspondencia mencionada y trataremos conjuntamente lo relativo a las pérdidas y ganancias en una sección inmediata, para terminar con las relaciones externas.

Debemos repetir que las partes se rigen fundamentalmente por lo establecido en sus estipulaciones, las que no podrán ser modificadas unilateralmente y que no pueden contrariar aquellas especificaciones legales que sean de observancia obligatoria.

También debemos añadir que en México, a diferencia de otros muchos países, la ley ha previsto que cuando no exista pacto expreso, las asociaciones en participación funcionan, se disuelven y liquidan conforme lo previsto para las sociedades colectivas, siempre y cuando el capítulo de la ley destinado a la asociación en participación no disponga otra cosa.

Consideramos que la supletoriedad que se otorga a las normas de la sociedad colectiva, para regular lo no previsto por las partes, es fácilmente salvable por los contratantes mediante la adición al contrato de las cláusulas - que sean necesarias cuando esto sea posible. Sin embargo independientemente de lo atinada o no que haya sido esta decisión por parte del legislador --- creemos que su intención fue buena, al proporcionar al juez un marco de referencia para guiarse en su actuación en caso de ser necesario.

2.7.1. DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL
ASOCIANTE Y ASOCIADO ENTRE
SI

- 1.- El asociante tiene la obligación de llevar a cabo todas las operaciones objeto de la asociación en participación. Para esto por ser él el responsable de las mismas, goza de la facultad de dirección pudiendo si así lo desea, hacer uso de mandatarios, (con el consentimiento del asociado) y deberá recordar que el resultado de su gestión afecta el patrimonio del otro, por lo que deberá hacer su trabajo con el mayor cuidado posible, lo que le impele a tratar de obtener el máximo beneficio.
- 2.- Debe mantener en secreto la existencia de la asociación en participación al realizar su gestión, y no puede actuar al amparo de su asociado puesto que el artículo 256 de la L.G.S.M. le impone la obligación de actuar en nombre propio, por tanto el asociado tiene el correlativo de no inmiscuirse en el desarrollo de la actividad comercial.
- 3.- El asociante tiene la obligación de destinar la aportación del asociado, sólo a aquellas operaciones a las que se refiere el objeto del contrato.
- 4.- El asociado está obligado a entregar al asociante el monto de su aportación o los bienes o servicios a que se hubiera comprometido. A menos que otra cosa se pacte, los bienes proporcionados serán propiedad del asociante, pero éste, ya dijimos, no podrá destinarlos a lo que él quiere sino al objeto de la asociación en participación.
- 5.- Si el asociante también se obligó a aportar, el asociado tiene el derecho de exigirle que lo haga, pero no en propiedad o uso al asociado sino de darle el fin destinado.
- 6.- Creemos que tanto asociante como asociado, tienen la obligación de ser rectos, para con el otro. Por lo que el asociado debe responder de la validez de lo que aporta. Por ejemplo si su aportación consiste en créditos, éstos deben existir legalmente y los deudores deben ser solventes. Si el asociante por su parte ha expresado al asociado su intención de establecer una sucursal, ésta debe ser inaugurada.
- 7.- Por aplicación del artículo 31 de la ley de sociedad, el asociado no podrá ceder sus derechos como asociado sin el consentimiento del asociante, y a la inversa lo mismo, salvo pacto en contrario.
- 8.- Igualmente, por lo establecido en el artículo 34 el asociante no podrá modificar el objeto de su empresa unilateralmente, a menos que exista acuerdo en ese sentido.

- 9.- Asimismo, por aplicación del artículo 35, ni asociante ni asociado, a menos que otra cosa convinieren, podrán por sí solos dedicarse a negocios similares a los de la asociación en participación, ni podrán establecer otra empresa del mismo tipo, ni formar parte de sociedades que se dediquen a ello.
- 10.- Si la asociación en participación es sobre las operaciones de una negociación mercantil, el asociante no podrá enajenar ésta en todo o en partes sin el consentimiento del asociado, a no ser que esto se derive de la actividad comercial del asociante, según lo establece el artículo 41 de la L.G.S.M..
- 11.- En virtud del artículo 50 del mismo ordenamiento el asociado no puede cometer actos dolosos o fraudulentos contra la compañía.
- 12.- El asociante desde luego, no puede distraer de su negociación elementos reales o personales hacia otra empresa, aún cuando éstos no sean los aportados por el asociante.
- 13.- Se desprende de los artículos 43 y 47 de la L.G.S.M. que el asociado tiene derecho a información e inspección.
- 14.- El asociado industrial tiene derecho a percibir periódicamente la cantidad necesaria por concepto de alimentos, de acuerdo a lo ordenado por el artículo 49.
- 15.- El asociado no se podrá oponer a la retención que el asociante haga de sus utilidades, por concepto del pago del impuesto sobre la renta. Situación que veremos en su oportunidad.
- 16.- Desde luego que cualquiera de las partes, podrá demandarle a la otra la terminación del contrato si es que existe motivo para ello.
- 17.- Por último, el asociado tiene derecho a solicitar al asociante la rendición de cuentas, satisfactoriamente.

2.7.2. REPARTO DE PERDIDAS Y GANANCIAS

El derecho fundamental con que cuenta el asociado, es el poder participar de las ganancias que arroje la actividad del asociante. Y el derecho fundamental de éste consiste en la facultad de trasladar al asociado las pérdidas que le correspondan.

Desde luego que la proporción que corresponda a cada uno, y el modo y tiempo del reparto, se regirá por lo convenido por las partes; y será éste uno de los puntos en que más cuidado deberán tener, con objeto de establecerlo muy claramente para evitarse complicaciones posteriores.

Creemos casi imposible, encontrar alguna convención que no contenga una cláusula en que se trate lo relativo a la proporción de ganancias que corresponderá al asociado. Pero es probable que los contratantes, emocionados por el ánimo de lucro, olviden estipular lo relativo a las pérdidas. Como en ambos casos, existen como posibilidad, es conveniente señalar aunque sea brevemente, que solución debemos tomar.

En nuestro país el capítulo de la ley destinado a la asociación en participación, prevee que no haya pacto respecto a las utilidades y pérdidas, y para tal caso considera aplicables las normas generales del supuesto, establecidas para las sociedades en general, agregando que las pérdidas que sufran los asociados no podrán rebasar el monto de su aportación. (50)

Por lo tanto en México debemos observar lo dispuesto por el artículo 16 de la ley tantas veces mencionada, que dispone:

- I "La distribución de las ganancias o pérdidas entre los socios capitalistas se hará proporcionalmente a sus aportaciones;
- II Al socio industrial corresponderá la mitad de las ganancias, y si fueren varios, esta mitad se dividirá entre ellos por igual, y
- III El socio o socios industriales no reportarán las pérdidas".

Dado lo dispuesto por la ley, ratificamos que las partes deben tener el mayor cuidado en reglamentar el reparto de pérdidas y ganancias, sobre todo para aquél que participe en mayor proporción capitalista, sea asociante o asociado, porque la ley confiere más pérdidas o más utilidades al que más ha aportado.

La decisión corresponderá al juez, pero veamos algunos casos que se podrán presentar si los contratantes no estipulan adecuadamente esta cuestión.

- A) Pensemos en una asociación en participación, en la cual un individuo (asociante) obtiene de otro (asociado) el 100% del capital requerido para ejecutar las operaciones específicas de comercio, pactándose -- que el 75% de las utilidades serán para el asociado y el 25% para el asociante quien se encargará de realizar las operaciones, y que no se prevé la posibilidad de que hubieran pérdidas. En este supuesto ¿el asociado deberá absorber la totalidad de las pérdidas, por lo establecido en las fracciones I y III del artículo 16 de la ley? Ante-
lante demostraremos que perderá, hasta el monto de su aportación.
- B) Pensemos que el asociado, aportará sus servicios personales a la empresa, del asociante objeto de la asociación y que sólo se estipuló que las ganancias serán divididas entre las partes, sin especificar proporciones, y que no se consideró el caso de pérdidas. En esta hipótesis la ley expresa que si hay ganancias, el 50% de ellas será para el asociado únicamente y el otro 50% para el asociante, pero ¿qué pensaríamos de tal repartición si el asociado sólo prestó la mano de obra de uno de los mil trabajadores de la compañía. En cambio, si el saldo arrojado por la empresa es negativo, el asociado no participará de las pérdidas y sí en cambio tuvo derecho a percibir ciertas - cantidades por concepto de alimentos.
- C) Veamos un caso más complicado en el cual, el asociante proporciona - el 10% del capital, un asociado contribuye con el otro 90% y un se-
gundo asociado se compromete a aportar sus servicios, sin especi-
ficarse las proporciones de participación para los asociados. En tal - caso, si hay beneficios, al amparo de la fracción primera del artícu-
lo 16, el asociado capitalista requerirá el 90% de las utilidades, - pero el asociado industrial solicitará el 50% fundándose en la frac-
ción II, y el asociante querrá obtener al menos el 10%, lo que nos - arrojaría una suma del 150% sobre el 100% de las ganancias, importe que es imposible de repartirse.

Mal interpretado el artículo referido, se podría llegar al absurdo de obligar al asociante a pagar el 90% al capitalista y un 40% al industrial, o -- bien a privar a alguno de su beneficio, o reducir a todos su utilidad. Pero pensamos que la solución correcta es separar las ganancias en dos partes, - una para el asociado industrial y la otra para el asociado capitalista y el asociante, para que de esta mitad se entregue el 90% al asociado capitalista y el 10% se lo quede el asociante. Pero aún esta solución podría ser in-
justa dependiendo de la importancia que haya tenido la aportación del aso-
ciado industrial.

¿Puede pactarse que el asociado no participe de las ganancias? ¿o el caso - contrario por el que el asociado no participe de las pérdidas? ¿sería válida una cláusula por la que el asociado no participe en las pérdidas ni en - las ganancias?.

Creemos que la respuesta es común a los tres supuestos. Tratándose de la -- asociación en participación, ninguna de esas cláusulas son aceptadas; cier-
tamente como estipulaciones que dos personas quieran plasmar en un contrato,

son válidas pero no tratándose de un contrato de asociación en participación, porque se modificaría su naturaleza jurídica.

Se ha dicho, que la ley fundamental del contrato es la voluntad de las partes, pero éstas no pueden ir más allá de lo que tienen permitido, por lo que no deben contradecir la naturaleza de la asociación en participación. Para que el asociado no participe en las ganancias pero sí soporte pérdidas, existe universalmente la donación. Por el contrario, si no va a participar de las pérdidas pero sí va a tener ganancia, existe el préstamo con interés y finalmente si el asociado no tiene participación ni en unas ni en otras, podrá recurrir a un mutuo sin interés o a un comodato. Desde luego que lo aquí planteado es muy diferente a que no haya pérdidas, o no haya habido ganancias, como resultado de la aventura económica.

No se ha aceptado las hipótesis planteadas, porque es natural a la asociación en participación, que exista una verdadera participación del asociado en las pérdidas y ganancias, sólo que las leyes no imponen a los contratantes las proporciones que deben pactar.

Messineo(51), considera aplicable a la asociación en participación un principio general de proporcionalidad por el cual "el asociado participa en las pérdidas en la misma medida en que participa en las utilidades". Pero esto es sólo un principio general que no necesariamente concuerda con los términos bajo los cuales dos personas pueden obligarse voluntariamente. Ya no se trata de un pacto leonino(52), por el cual se excluye a una persona de las utilidades y se le obliga a soportar las pérdidas; se trata de si el asociado puede participar en las utilidades en mayor proporción que en las pérdidas y en el sentido inverso, por el que su participación en las pérdidas sea proporcionalmente superior a la parte que le corresponda de los beneficios.

Como en seguida trataremos de demostrar, en nuestra opinión no es aplicable el principio enunciado por Messineo, si se puede pactar una participación mayor en las utilidades en relación con la de las pérdidas, y también se puede estipular una participación mayor en las pérdidas en relación con la de las utilidades, pero en ambos casos la pérdida del asociado no deberá exceder el importe de su aportación.

Nuestro parecer descansa en dos hechos, libertad para las partes (en el sentido que hemos expresado) y responsabilidad limitada del asociado. Creemos que el tipo de responsabilidad ha quedado claro a lo largo de todo el capítulo, por eso decimos que ésta no puede ser de otra manera, puesto que así lo exige la naturaleza de la institución, es una gran ventaja para su poseedor, y lo confirma el carácter oculto de la figura.

51.- Op. cit. p. 9

52.- El pacto leonino es rechazado por nuestro derecho. Art. 17, L.G.S.M.,

No podemos aceptar la aplicación del principio de proporcionalidad, porque si por ejemplo, el asociado participa en las ganancias con el 75% debería pagar el 75% de las pérdidas y esta porción puede ser muy superior a la cantidad que hubiera aportado al asociante, lo cual implicaría una responsabilidad ilimitada, si recurrimos a los números veremos que, en efectivo su aportación fue de \$ 600.00 más \$ 400.00 del asociante, pero las pérdidas -- fueron del 100% del capital, es decir que se perdieron \$ 1,000.00, entonces el asociado debería pagar \$ 750.00, lo que excede su aportación, situación que no debe presentarse en la asociación en participación.

Respecto a que se pacten mayores utilidades que pérdidas o mayores pérdidas que utilidades, ciertamente la ley concede a las partes fijar libremente -- las "proporciones de interés" en el artículo 255 de la ley de sociedades, -- pero volvamos al mismo argumento, respecto a las pérdidas, éstas no podrán excederse para el asociado del monto aportado, porque tampoco se respetaría la responsabilidad limitada del asociante.

Sentimos que además la ley, ha deseado resolver la duda al mencionar en el artículo 259, que "las pérdidas que correspondan a los asociados, no podrán ser superiores al valor de su aportación", como en Italia, esta disposición debe considerarse a nuestro parecer como de orden público a pesar de que -- Mantilla Molina(53) y Luis Muñoz(54) en México opinen lo contrario.

Por otra parte, debemos aclarar que técnicamente el único que participa en las pérdidas o ganancias es el asociado. El asociante tiene el "dominus" -- del negocio o de la empresa, y como actúa en nombre propio, él es el que gana o pierde, o sea que el resultado repercute en su patrimonio personal, -- por lo que no podría hablarse de "participación" técnicamente para el asociante. El es el titular de las pérdidas y de las utilidades, producto de -- su empresa, y participa, ahora sí, al asociado de las mismas.

La corriente española, opina entonces que la relación que existe entre asociados y asociante en este sentido, se limita a una simple rendición de --- cuentas; la francesa, puesto que considera la asociación en participación -- como sociedad, estima que la relación entre uno y otro es del tipo de la de los socios; mientras que la italiana la concibe como una relación de crédito entre las partes.

53.- Op. cit. 192.

54.- Op. cit. 146.

2.7.3. RELACIONES CON TERCEROS

Evidentemente, las relaciones externas son a cargo del asociante. La ley mexicana nos ha expresado que el titular de las operaciones es éste, que obra en nombre propio, que la asociación en participación no tiene personalidad jurídica, y por lo tanto no hay relación jurídica entre los asociados y los terceros.

No sólo la ley mexicana así lo dispone, lo aceptan igualmente las legislaciones y la doctrina mundial. Por lo tanto, si la asociación en participación no es una persona jurídica, ésta no puede obligarse ante los terceros, por lo que todos los contratos que se celebran, serán en nombre del asociante y éste así debe hacerlo.

Por lo mismo que el asociado es el único responsable ante los terceros es igualmente el único que tiene derechos frente a ellos, y así como los terceros no pueden reclamarle a los asociados, éstos tampoco pueden hacerlo a aquéllos. Es precisamente la ausencia de vínculos entre terceros y asociados, lo que proporciona el carácter oculto a la institución.

Esto desde luego no debe llevarnos a malas interpretaciones, como para asegurar que nunca habrá ningún tipo de relación entre asociado y terceros. La ley indica que no tendrá vínculos entre sí, pero se refiere al desarrollo de la asociación en participación y a la responsabilidad del asociado.

Por ejemplo, el asociado puede ser el mandatario del asociante, y en este caso obviamente se relacionará con los terceros, pero no asume responsabilidad alguna, puesto que actúa en nombre del asociante. Lo mismo sucedería si la aportación del asociado fuera en servicios, y por la ejecución de los mismos tuviera contacto con los terceros.

Lo que se trata de decir, es que el responsable frente a los terceros es el asociante, siendo el único obligado por los contratos que se celebren, respondiendo ilimitadamente de los compromisos que contraiga. En cambio el asociado, como lo hemos dicho responde limitadamente, es decir hasta el valor de su aportación, sin embargo si el asociado gestionara alguna o algunas operaciones relativas a la asociación en participación, violando el derecho de dirección, administración y ejecución que le corresponde al asociante, obligándose en nombre propio, también responderá ilimitadamente de los compromisos que contraiga.

Que el asociado no tenga relaciones con terceros, no significa que el carácter oculto de la asociación en participación sea absoluto. En realidad la ley, no exige que el vínculo sea desconocido por los terceros necesariamente, puesto que los interesados pueden manifestar su existencia o bien los terceros pueden averiguarlo, pero no porque se conozca de hecho la presencia de un asociado, se modifica la situación legal, incluso sería imposible

de admitirse jurídicamente, que un contrato lícito y legal deba ser ocultado rotundamente para conservar su propia naturaleza. No existe pues obstáculo para que en un momento dado, se revele la existencia del asociado, lo importante es que éste no se entrometa en la actividad comercial como tal.

Finalmente es oportuno decir que el alcance del artículo 256 de la ley no puede derogar el derecho común(55), por lo que debemos considerar la existencia de la acción oblicua por la que "el acreedor (asociado o tercero) -- puede ejercitar las acciones que competen a su deudor cuando conste el crédito de aquél en título ejecutivo, y excitado éste (asociante) para deducirlas, descuide o rehuse hacerlo"... por lo mismo debemos también mencionar la acción subrogatoria. Por lo tanto, sí podrá haber reclamos entre terceros y asociado pero sólo cuando el asociante haya incurrido en falta.

55.- Mantilla Molina, op. cit. p. 191

2.9. RÉGIMEN FISCAL

Sólo las personas físicas o morales, pueden ser consideradas como sujetos pasivos de los créditos fiscales, o sea que sólo las "personas" deben pagar los impuestos, y la asociación en participación no es una persona, por lo tanto no se podría pedir que ésta pagara impuestos. Pero si la asociación en participación no tiene personalidad, si en cambio está constituida por personas, y éstas tienen la obligación de cumplir sus obligaciones fiscales.

Los artículos 13 del código fiscal de la federación, (artículo 10. en el nuevo código fiscal) así como el artículo 10. de la Ley del Impuesto Sobre la Renta vigente (1982) nos obligan a afirmar que tanto asociante como asociado están obligados al pago de sus impuestos, especialmente el pago del impuesto sobre la renta, por lo que deberán acumular las utilidades que perciban a los ingresos que por otra índole obtengan, con objeto de presentar adecuadamente sus declaraciones.

En realidad el régimen fiscal de la asociación en participación no existe. Lo que sucede es que por la asociación en participación, tanto asociado como asociante adquieren obligaciones especiales de carácter fiscal.

La situación realmente es sencilla. Cada una de las partes tiene su propio régimen fiscal, según se trate de personas físicas o morales y de si son o no causantes mayores, régimen al cual deben agregar las obligaciones que se deriven del contenido del artículo 80. de la L.I.S.R. que contiene las disposiciones fiscales relativas a los contribuyentes que han celebrado un contrato de asociación en participación.

No es el caso analizar el sistema fiscal del asociante asociado según sean personas físicas o no, sino de determinar las consecuencias fiscales que se desprenden de las calidades de asociado y asociante producto de la celebración de un contrato de asociación en participación, por lo que limitaremos este apartado al estudio del artículo 8 mencionado.

Se impone al asociante, la obligación de cumplir,....." por sí y por cuenta de los asociados....." las obligaciones que contiene la ley, incluyendo la de efectuar pagos provisionales. Pero no debemos entender que se trata de todas las obligaciones fiscales de los asociados sino solamente las que se deriven del contrato de asociación, por lo que el deber primordial del asociante no es otra cosa que retener de las utilidades del asociado, la parte que corresponda a impuesto sobre la renta considerando que las utilidades son ingresos por actividades empresariales, si el asociado es persona física, y declara al fisco en su oportunidad.

Si lo que se reparte son pérdidas, asociante y asociado solamente las deducirá de sus ingresos y cada uno procederá a declarar cuando corresponda.

El artículo referido dispone que al finalizar el ejercicio fiscal del asociante, éste deberá hacer un corte contable para determinar el monto de la participación del asociado en las pérdidas o ganancias, indudablemente con objeto de poder presentar la declaración anual.

El asociante al momento de presentar su declaración del ejercicio, deberá informar a las autoridades fiscales los términos que se convinieron para la distribución de las pérdidas o ganancias, y si hubiere modificación ulterior a éstos términos, deberá hacerlos del conocimiento de la autoridad dentro de los 15 días siguientes al día en que se pactaron.

Creemos que si se trata de un asociante cumplido en su obligaciones fiscales, la imposición anterior traerá como consecuencia el beneficio para las partes de contar con una cláusula explícita en cuanto al repartimiento del resultado.

También la L.I.S.R. presume que los bienes aportados a asociante son propiedad de éste (con las salvedades ya mencionadas) por lo que el reglamento de la misma ley le indicará la forma de contabilizar la enajenación hecha por el asociado.

Por último dispone el artículo señalado, que "los asociados responderán por el incumplimiento de las obligaciones que por su cuenta deba cumplir el asociante". Lo que consideramos implica dos situaciones. En primer término, que los asociados exijan al asociante el cumplimiento de lo ordenado, y en segundo lugar que si el asociante no ha cumplido sus deberes, esto no implica que los asociados se encuentren a salvo del pago de sus impuestos, por lo que éstos en todo momento estarán compelidos a cumplir.

Desde luego que las partes, tendrán otras cargas fiscales por el desarrollo del contrato que también deberán satisfacer, como las que se deriven de la ley del impuesto al valor agregado, o de la ley de adquisición de bienes inmuebles, etc..

2.9. EXTINCION

Una vez más, debemos atenernos a lo establecido en la convención de las partes, respecto al tiempo y manera en que se llevará a cabo la terminación -- del contrato de asociación en participación. En nuestro país, no se presenta la discusión que se da en otros, en cuanto a las reglas que deben aplicarse cuando las partes no hubieran estipulado lo necesario para la extinción, ya que el artículo 259 de la L.G.S.M. dispone que se observará lo establecido para las sociedades colectivas.

Puesto que nos encontramos en el caso previsto por el artículo 80. de la -- misma ley, entendemos que serán aplicables las normas generales para disolución de sociedades (capítulo X) así como las de la liquidación de sociedades (capítulo XI) y lo señalado por el artículo 50.

Es decir que la palabra "extinción" comprende la totalidad del procedimiento necesario para dar por terminada la relación que existe entre las partes, p sea tanto la disolución sea parcial o total, como la consecuencia de la -- segunda que es la liquidación.

La doctrina ha calificado de disolución parcial, la terminación del vínculo jurídico, que liga a uno de los socios con la sociedad.

En cambio, por la disolución total, o disolución propiamente dicha según Carrigues(56), no termina ninguna de las relaciones jurídicas creadas por el negocio jurídico, ni la sociedad pierde su personalidad moral, ni los socios dejan el carácter de tales, sino que constituye un "fenómeno previo a su extinción", que es lo que buscará la actividad social en la siguiente -- etapa de aquélla, es decir la liquidación de la sociedad. Como expresa el -- artículo 234 de la ley: "disuelta la sociedad se pondrá en liquidación", y una vez que ésta haya sido terminada, la sociedad se habrá extinguido.

Sin embargo, como hemos dicho, la asociación en participación no es una sociedad, sino que constituye una forma más simple y menos formalista que -- aquélla, razón por la cual, habrá reglas de la disolución y liquidación de sociedades, e incluso de las sociedades en nombre colectivo que no serán -- aplicables a la asociación en participación, además consideramos que la -- aplicación de las normas sobre sociedades sólo procede cuando las partes -- hayan entrado en conflicto entre sí, porque si se carece de personalidad jurídica, y sólo existen relaciones entre las partes, éstas podrán subsanar -- cualquier omisión de la convención, por medio de una cláusula posterior, -- que complementa la redacción original.

En este sentido, el maestro Mantilla Molina(57) señala que no será necesario el nombramiento de un liquidador, puesto que se trata de una simple rendición y ajuste de cuentas, ya que no hay un patrimonio común, por lo que no es necesaria la intervención del liquidador. Como adelante mencionaremos, en algunas legislaciones se especifica que la obligación de rendir cuentas corresponde al asociante al momento de la terminación del contrato.

Por aplicación del artículo 50 de la ley de sociedades es necesario mencionar que cuando existan varios asociados, el vínculo jurídico se disolverá respecto de uno o algunos de ellos, por las siguientes causas:

- 1.-) Por uso del nombre del asociante y al amparo del contrato de asociación, para negocios propios.
- 2.-) Por infracción a lo convenido, o a las disposiciones legales que rijan la convención.
- 3.-) Por la comisión de actos fraudulentos o dolosos contra las operaciones o contra la empresa del asociante, o su persona.
- 4.-) Por quiebra del asociado, si éste aún no ha entregado su aportación a le falte terminar de hacerlo.
- 5.-) Según lo dicen los artículos 32, y 230 de la ley, por muerte del asociado, a menos que se hubiera pactado, la consecución con sus herederos, y estos estuvieren de acuerdo.
- 6.-) Porque asociante y asociado así lo acuerden, siempre que no requieran el consentimiento de los demás asociados. (artículo 230)

Desde luego que las mismas causas son aplicables al supuesto en el que solamente hay un asociado, con los efectos de que la asociación en participación se dará por terminada no parcialmente sino totalmente.

Observando lo dispuesto por el artículo 229, de la L. G.S.M. relativo a la disolución de las sociedades, podemos agregar los siguientes motivos:

- 1.-) Por ocurrir el término fijado para la duración de la asociación en participación. Este caso solo puede aplicarse, al supuesto en el que el objeto de la asociación es toda la empresa del asociante, y la rendición de cuentas y el reparto de pérdidas o ganancias deberá prorrogarse hasta que se concluyan las operaciones iniciadas con anterioridad a la fecha de terminación.
- 2.-) Por haberse realizado, la o las operaciones objeto de la asociación, o por ser éstas imposibles de realizarse.

La muerte de asociante, también será causa de terminación del contrato, a no ser que medie pacto al respecto, como ocurría con el asociado. En este punto y refiriéndose al derecho de su país, Garriguez(58) opina que si el

57.- Op. cit. p. 192.

58.- Op. cit. p. 63.

asociado muere, sin haberse pactado que se continuará con sus herederos, no es motivo de terminación, pero esto no es posible en México dado lo establecido por el artículo 230 en su párrafo segundo.

El asociado también tendrá derecho a exigir la terminación, si contra su voluntad, el asociante delegara sus funciones en otra persona extraña al contrato, según se desprende del artículo 38 de la ley.

Además de cualquier otro supuesto que las partes hubieren convenido como -- causa de terminación, debemos adicionar nuestra lista con la quiebra del -- asociante.

En este último supuesto debemos considerar si el asociado ha terminado o no de entregar su aportación, y si la quiebra se refiere o no a las operaciones objeto de la asociación en participación.

Si no ha completado el monto de su aportación, estará obligado a hacerlo, para convertirse en acreedor de la quiebra, por el diferencial que resulte entre su aportación y la cantidad que le corresponda de pérdidas (59). Sin embargo el artículo 158 de la ley de quiebras y suspensión de pagos, le autoriza a demandar la separación de la quiebra, de aquéllos bienes identificables que no se hubieran transmitido al asociante a título de propiedad.

Creemos que si el asociante al momento en que se dicta la declaración de -- quiebra, no ha iniciado ninguna de las operaciones para las que se constituyó la asociación en participación y el asociado no ha hecho entrega de su -- aportación, ésta no debe ser requerida.

Hemos dicho que el asociado se convierte en acreedor de la quiebra, pero no consideramos que sea adecuado equipararlo como tal, con el socio colectivo de una sociedad de este tipo que haya quebrado.

Definitivamente, ni la asociación en participación es una sociedad, ni el -- asociado es un socio colectivo, por lo tanto no creemos que deba esperarse a que se hayan pagado, con moneda de quiebra, todas las deudas del quebrado, -- para ejercitar el saldo que pueda existir a su favor, sino que tiene el derecho de ser considerado dentro de los demás acreedores, con el grado de preferencialidad que le corresponda. (60)

59.- Artículo 128 de la Ley de Quiebras y Suspensiones de Pagos.

60.- Es la opinión de Garrigues y de Langle, op. cit. p. 64 y 350 respectivamente.

Finalmente pensamos que la suspensión de pagos, no es causa de terminación de la asociación en participación, porque el fin que persigue es sólo de -- prevención de la quiebra y el asociante continuará administrando sus nego-- cios, siendo injusto privarle de los medios con los que desea (en principio) hacer frente a sus obligaciones.

Nuestra opinión es que la asociación en participación no se extingue hasta - que han quedado liberadas las partes de cualquier obligación contractual en-- tre sí, lo que supone la rendición de cuentas y la atribución al asociado de la parte que le corresponde en las pérdidas o en las utilidades, con la apro-- bación de éste.

CAPITULO 3.- EL CONTRATO DE ASOCIACION EN PARTICIPACION
EN EL DERECHO COMPARADO

3.1. EN ITALIA

3.1.1. INTRODUCCION

Seguramente la influencia que hemos recibido del derecho romano, ha contribuido para que en Italia, como en México, la institución que nos ocupa, reciba exactamente la misma denominación legal. La asociación en participación ya se encontraba reglamentada en el viejo código de comercio italiano de 1882 y con ese nombre pasó al reciente código civil de 1942 donde ocupa el título VII del libro V denominado "del lavoro" (del trabajo).(1)

"il contratto di associazione in partecipazione" italiano se encuentra reglamentado en la actualidad en los artículos 2549 a 2554 del código civil, en los cuales se especifican las características primordiales de la figura, y que en su esencia son coincidentes con los trazos que contemplan la mayoría de las legislaciones.

Al igual que en el resto del mundo, la naturaleza jurídica de la asociación en participación ha sido muy discutida por la doctrina italiana, y de la misma manera existen tratadistas que la consideran como un contrato, así como otros que la consideran como una sociedad.

La opinión más generalizada, es considerada como un contrato, contrato que ciertamente presenta analogías con la sociedad pero se afirma que "la contiguidad con la disciplina de la sociedad no debe llevar a engaño acerca de la afinidad entre los dos fenómenos."(2)

La carencia de personalidad jurídica, la ausencia de un patrimonio autónomo, el carácter oculto del asociado y la falta de un ejercicio en común de una actividad económica(3), son los principales argumentos que se esgrimen para determinarse que no se trata de una sociedad y aceptarla en cambio como una mera relación contractual con eficacia interna solamente. En este sentido - Brunetti afirma que se trata de "una zona intermedia entre las comunidades de fin, que caracterizan a la sociedad, y la categoría vastísima de las relaciones de intercambio".(4)

1. La traducción al Español del texto italiano, ha sido efectuada por el autor, por lo que carece de valor oficial.
2. Francesco Messineo, Manual de Derecho Civil y Comercial, Tomo VI. Ediciones jurídicas Europa-America, Buenos Aires 1955 p. 3
3. Según el artículo 2247 del código civil italiano vigente, el ejercicio en común de una actividad económica, es la característica esencial del contrato de sociedad.
4. Antonio Brunetti, Tratado del Derecho de las sociedades, Tomo I, Editorial UMIUSA, Buenos Aires, 1960 p. 34

En un contrato de intercambio, (mutuo o arrendamiento por ejemplo), se concede a alguien el poder usufructuar económicamente el capital de otro mediante una compensación, y se encuentra en la esencia de la relación que el capital aportado sea restituido al terminar esa relación, pero la prestación de cada parte tiene lugar directa y exclusivamente en provecho de la otra parte, situación que no acontece en la asociación en participación.

Por el contrario, en el contrato de tipo asociativo, la prestación de cada parte no proporciona ventaja alguna a ninguna de ellas, ni un disfrute inmediato, (en el momento de la formación del contrato), sino que a través de una utilización sucesiva se termina indirectamente por proporcionar provecho a todas las partes.

Por lo tanto para algunos autores italianos, el contrato de asociación en participación es una "figura propia de la clase de las relaciones asociativas con los siguientes elementos esenciales:

- a) Una actividad patrimonial desarrollada por el asociante en su propio nombre.
- b) Una responsabilidad que comprende todo el patrimonio del asociante.
- c) Una transferencia más o menos amplia del patrimonio del asociado al asociante y
- d) Un derecho de crédito contra el asociante para el pago de una cuota sobre el saldo activo de la gestión o para la restitución en el término convenido de la suma correspondiente al valor atribuido a lo aportado a la asociación, mientras aquella no haya sido absorbida por eventuales pérdidas."(5)

En Italia la idea de negar el carácter de sociedad a la asociación en participación y considerarla como un contrato, no es nueva, Leon Bolaffio y Tullio Ascarelli(6) desde la época del viejo código de comercio italiano de 1882, habían apuntado ya las diferencias que existían entre las dos figuras y la conceptualon como un contrato, sin embargo no dejaron de aceptar las similitudes que existían, a tal grado que en la actualidad no obstante la opinión general de la doctrina, la jurisprudencia continúa aplicando a la asociación en participación distintas reglas previstas para las sociedades (7).

5. Brunetti y autores que cita como De Gregorio y Rubino, op. cit. p. 36 a 40. También Mesineo, op. cit. p. 4 a 6
6. León Bolaffio, Derecho Mercantil, Editorial Reus, S.A. Madrid 1955 p. 76 y 77. También Tullio Ascarelli, Sociedades y Asociaciones Comerciales, EDIAR, S.A. Editores, Buenos Aires 1947 p. 391-393
7. Solá de Cañizares, op. cit. p. 46 Además el artículo 237 del código de comercio ya decía que la asociación regiría por el convenio de las partes y que no podría estar sujeta a las normas establecidas para la sociedad.

Respecto a la conceptualización legal de la figura, creemos que la actual redacción del código mejoró indudablemente la del de 1882. Anteriormente la asociación en participación se concebía como un contrato por el cual un comerciante o una sociedad comercial daba a una o varias personas o sociedades una participación en las utilidades o en las pérdidas de una o varias operaciones, o también de la totalidad de su comercio; (8)

Actualmente se dispone que "con el contrato de asociación en participación, el asociante atribuye al asociado una participación en las utilidades de su empresa o de uno o más negocios con él, correspondiente a una determinada aportación". (9)

Es de notarse que el código actual, ha considerado conveniente aceptar los calificativos que utilizaba la doctrina (10) para referirse a los contratantes y se ha desechado el término de "personas" indistintamente para usar los sustantivos de "asociante" y "asociado".

De esta manera y al igual que en nuestra legislación, se llama "asociante" al titular del negocio o empresa objeto de la asociación, y "asociado" a aquél que participará en los resultados de la gestión a través de una aportación.

En Italia, como en el resto de los países, no existe limitación en cuanto al tipo de personas que pueden contratar, por lo que tanto asociante como asociado pueden ser personas físicas o personas morales.

Por lo que hace a la capacidad de las partes, debemos anotar que Italia coincide con la mayoría de las legislaciones (excepto España y otras), al no requerir más capacidad que aquella que sea intrínseca a la función que se realiza, por lo que el asociante debe contar sólo con la capacidad necesaria para la empresa de la que es titular o del negocio que realiza y el asociado solamente debe tener capacidad para obligarse en los términos del contrato.

En cuanto al objeto de la asociación en participación como lo dice el texto legal, éste debe limitarse a uno o varios negocios determinados o a toda la empresa del asociante, y puesto que en Italia no existe la división entre el derecho mercantil y el derecho civil, no podemos limitar al campo de alguno de ellos la aplicación de esta figura, y por lo mismo consideramos irrelevante la discusión acerca de si el asociante y el asociado deben o no tener la capacidad de comerciantes.

8. Artículo 233, código de comercio italiano de 1882

9. Artículo 2549, código civil italiano de 1942

10. Tulio Ascarelli, Derecho Mercantil, Porrúa Inhos. y Cía. México 1940 p. 191.

No obstante lo anterior, el término "empresa", nos hace notar que la aplicación que se le da a la figura, compete a las cuestiones que nuestra legislación encuadra como mercantiles. Y es que necesariamente debe tratarse de una actividad económica, puesto que sin ella no podríamos hablar de un negocio o empresa que produzca utilidades.

A diferencia de otros países, el texto legal italiano ha previsto la pluralidad de asociaciones, situación que es de alabarse pero que desafortunadamente no se reglamentó, a nuestro modo de ver, de manera clara y completa.

En realidad la ley regula la pluralidad de asociaciones a partir de la pluralidad de asociados, al decir que: "salvo pacto en contrario, el asociante no puede atribuir participación por la misma empresa o por el mismo negocio a otras personas sin el consentimiento de los asociados anteriores."(11)

Antes que nada debemos observar que en Italia como en el resto de los países la fuerza mayor en la asociación en participación, corresponde a los propios contratantes, y que la misma ley al decir "salvo pacto en contrario"(12) está dispuesta a ceder su sitio para someterse a la voluntad de las partes en ciertas cuestiones y siempre y cuando así lo decidan los contratantes.

El artículo transcrito al indicar que el asociante requiere del consentimiento de su contraparte para contratar ulteriormente sobre el mismo negocio, ha llevado a una parte de la doctrina a asegurar que el número de personas que dan vida a una asociación es participación, en Italia sólo puede ser de dos: El asociante y el asociado. (13) por lo tanto si se contrata con otras personas sobre el mismo negocio, éstos contratos deben ser considerados como distintas asociaciones en participación(14) por lo que deben instrumentarse por separado.

Sin embargo otra parte de la doctrina considera que puede haber varios asociados "ab origine", en un sólo contrato, por interpretación del artículo 2550, y que si existen uno o más asociados posteriores, no debe efectuarse un contrato de asociación en participación distinto del originario, sino que debe modificarse el existente a efecto de aumentar el número de los participantes, y evitar así la incompatibilidad que habría de aceptar que un mismo negocio pueda ser objeto al mismo tiempo de dos diversos contratos de asociación en participación.(15)

11. Artículo 2550, código civil italiano

12. Ver también artículos 2557 y 2553, código italiano

13. Solá de Cañizares, op. cit. p. 46

14. Antonio Brunetti, op. cit. p. 41

15. Francesco Messineo, op. cit. p. 11

A nuestro modo de ver, el artículo referido, aunque incompleto, tiene el mérito de obligar al asociante a solicitar la autorización de su o sus asociados previos, para una nueva contratación y será precisamente entre ellos, como se decida la estructuración y consideración de los contratos subsecuentes.

De cualquier manera, por nuestra parte sentimos que la pluralidad de asociados puede presentarse desde el principio o ser sobrevenida y nos parece que en la práctica todo contrato posterior se hará por separado y distinto del anterior, porque el simple transcurso del tiempo y la necesidad de un nuevo asociado, serán causas más que suficientes para que el asociante no pacte con su nuevo asociado, en igualdad de términos y condiciones que pactó con el primero.

3.1.2. CONDICIONES DE VALIDEZ DEL CONTRATO

Al tenor del texto del código de comercio italiano de 1882, la asociación en participación se encontraba exenta de las formalidades establecidas para la sociedad. Sin embargo el artículo 238, declaraba que la misma debería ser probada por escrito(16), lo que supone la necesidad de que se constituyera al menos, mediante un documento privado, al igual de lo que actualmente ocurre en nuestro país.

La exigencia que existía en el código de comercio, de que todo contrato de asociación en participación fuera probada por escrito, fue derogada por las nuevas disposiciones del código civil de 1942. De esta manera se puede decir que en Italia, al igual que en Francia y en Alemania, la ley no requiere (excepto casos especiales) de formalidad alguna para la celebración del contrato.

La mayoría de las veces, el contrato se refiere a una o unas operaciones de terminadas y la aportación que efectúa el asociado, la hace en numerario, por lo que, dada la libertad de forma con que cuentan las partes al momento de la convención, ni siquiera requieren como en México, de un documento privado y mucho menos como en Guatemala, de una escritura pública, lo cual después de luego, no significa que necesariamente deban efectuar una convención verbal. En este caso su comprobación se hará por todos los medios de prueba que acepta el Derecho Italiano.

La libertad de forma resulta del silencio de la ley respecto a la diferencia de las formalidades que se imponen a las sociedades comerciales y al contrato de sociedad en general.

Sin embargo no todas las asociaciones en participación gozan de esa libertad absoluta para su legal existencia. Efectivamente, por aplicación de lo que dispone el artículo 1350 del Código Civil, es necesario que conste en documento, que puede ser provado, cuando el asociado aporte bienes inmuebles o derechos reales, o su uso por un tiempo indeterminado, o bien cuando vaya a prolongarse por más de nueve años.

En estos casos los contratantes deberán recurrir a la escritura y además se deberán cumplir los requisitos especiales de forma que sean necesarios para que la aportación sea debidamente efectuada, como es el caso de una escritura pública, y registro cuando se trate de un bien inmueble, o cuando se trate de transferir la propiedad o el uso de los bienes muebles registrados. Esta publicidad, desde luego, deberá efectuarse al momento de hacer se la aportación.

16. Ascarelli, Sociedades y Asociaciones Comerciales, op. cit. p. 393

3.1.3. CARACTERES JURIDICOS DEL CONTRATO DE ASOCIACION EN PARTICIPACION ITALIANO

Habíamos apuntado que la ley italiana no exige ninguna de las formalidades de publicidad o registro que tienen que cumplir las sociedades, lo que supone el carácter oculto de la asociación en participación. Este carácter oculto del contrato conlleva en sí la ausencia de personalidad jurídica, situación que se confirma con las disposiciones del código italiano que expresa claramente que los terceros tienen relación solamente con el asociante(17), y que la gestión de la empresa o del negocio está vedada al asociado(18).

La doctrina italiana acepta como en todos los países que la asociación en participación no tiene personalidad jurídica, no sólo porque la ley guarda silencio al respecto a diferencia de lo que hace con las sociedades, sino porque el único que goza de personalidad es el asociante y por lo mismo no se crea un fondo social ni un patrimonio autónomo distinto del de los contratantes; es por ello que la asociación en participación carece de nombre, domicilio, etc.

3.1.3.1. LAS APORTACIONES Y LA AUSENCIA DE FONDO COMUN

En virtud del texto del artículo 2549 del Código Civil italiano sabemos que es necesario que el asociado haga una aportación al asociante, para que en correspondencia a esa aportación, reciba el derecho a la participación que se le otorgará. Sin embargo a diferencia de lo que ocurre en países como México o Alemania, en Italia la ley no hace especificación alguna respecto al tipo de régimen bajo el cual se debe efectuar esa aportación.

En este sentido la doctrina italiana se ha encargado de establecer, que la aportación que se hace al asociante no constituye un fondo común, sino que pasa a formar parte del patrimonio del asociante. Se afirma que "no se trata de conferir bienes o servicios para un ejercicio en común, sino de una inversión de capital, en correspondencia a la cual el asociante se obliga a ceder una cuota de los beneficios de la empresa en que la inversión se ha verificado."(19)

La idea de que en la asociación en participación italiana, no existe el "fondo común" que está supuesto en una relación social, no es nueva. Ya la doc-

17. Artículo 2551, código civil italiano

18. Artículo 2552, código civil italiano, 1er. párrafo

19. Brunetti, op. cit. p. 39

trina del Código de Comercio se había encargado de decir que los bienes o el numerario aportados por el asociado se encontraban totalmente disponibles para el asociante, porque pasaban a formar parte del patrimonio de la empresa de la que es gestor, y titular único respecto a terceros.

Precisamente la ausencia de un fondo común y la falta de personalidad jurídica determinan las relaciones del asociado y asociante entre sí, así como los derechos y obligaciones que tienen respecto a terceros.

Por lo mismo se dice que el título jurídico por el cual el asociado efectúa su aportación, consiste la mayoría de las veces en la transferencia del derecho de propiedad, por cuyo efecto el patrimonio del asociante se ve incrementado en la misma proporción, aumentándose así la seguridad de los terceros.

Esta transferencia es definitiva en todos aspectos tanto para los terceros como para las partes entre sí, sin embargo es posible que el asociado se reserve el derecho de propiedad de lo que aporta, transfiriendo entonces el derecho de uso o disfrute de los bienes. (20)

De cualquier manera si la aportación del asociado es de dominio, al final de la operación tiene derecho a la restitución de lo aportado, la que deberá consistir en el mismo bien que se entregó con antelación, si éste no es consumible o bien se entregará numerario si el bien ya se ha perdido. Tratándose de una aportación de disfrute, la restitución deberá consistir en la terminación de ese derecho.

La clase de aportación hasta aquí tratada, se ha referido solamente a la transferencia de bienes, pero éste no es el único tipo de aportación que se puede efectuar. Así como el asociado contribuye generalmente con dinero, puede hacerlo también como decíamos, con un derecho de uso o de goce o con la prestación de servicios, es decir, de su actividad personal, o bien puede ser que se comprometa a contraer compromisos u obligaciones de la empresa del asociante. (21)

Por lo anterior el artículo 2554 del Código Civil, prevee aquella situación que ya había señalado el maestro Mantilla Molina, al aceptar como válido el contrato por el cual el asociado participa en las utilidades o pérdidas, aun cuando no existe una aportación.

Lo anterior es cierto y además confirma la no existencia de un fondo común, puesto que no hay aportación y sí en cambio hay participación. En realidad

20. Messineo, op. cit. p. 7

21. Brunetti, op. cit. p. 39 y Solá de Cañizares, op. cit. p. 48

debemos decir que lo que existe como aportación es un derecho de crédito entre asociado y asociante. Por ello la participación del asociado no se exterioriza en ningún título y por ende no se puede hablar de "partes sociales" porque no existen en la asociación en participación.

3.1.3.2. SUS CLASES

Como hemos señalado, Italia es uno de los contados países que han unificado el derecho civil y el derecho mercantil, por lo que no podemos diferenciar a la asociación en participación por la materia, como podemos hacerlo en -- Francia. Lo que sí es cierto es que la unificación mencionada hace más amplio el posible campo de aplicación de nuestra figura, aunque en la realidad continúe refiriéndose, la mayoría de las veces, a cuestiones mercantiles.

A diferencia de otros países, en Italia como en México, no existe una tradición de momentaneidad para la celebración de este contrato, por lo que podemos afirmar que las clases que existen en Italia de esta figura, son las -- mismas que señalamos para nuestro país.

De esta manera podemos hablar, al amparo del artículo 2549, de una asociación en participación momentánea u ocasional cuando se refiera sólo a un negocio determinado o temporal; si se trata de varios y permanente cuando se refiera a la totalidad de la empresa del asociante.

Esta idea de amplitud de las clases de asociación en participación, era concebida desde la época del Código de Comercio(22) pero actualmente algunos -- tratadistas Italianos son más específicos y llegan a decir que "el negocio en participación puede presentarse de las siguientes formas:

- a) Participación en los beneficios de una empresa perteneciente a otra persona, o de uno o más negocios.
 - b) Participación en los beneficios y en las pérdidas de una determinada empresa o de un determinado negocio.
 - c) Participación en los beneficios de una empresa ajena sin participación en las pérdidas.
 - d) Participación en los beneficios y en las pérdidas de una empresa, sin la contraprestación de una determinada aportación
 - e) Participación en los beneficios, concedida a los que aportan su trabajo."
- (23)

22. León Bolaffio, op. cit. p. 79

23. Antonio Brunetti, op. cit. p. 42 y 43

En lo particular creemos que en las formas a), b) y e), no existe diferencia notoria en relación con lo que ya conocemos, haciéndose la observación de -- que que en la última forma la aportación del asociado consiste en su trabajo personal, el cual es susceptible de una determinación económica.

Sin embargo resalta lo dispuesto por el artículo 2554 del código civil, por el que se nos proporcionan dos tipos nuevos de contrato de asociación en participación reglamentados por primera ocasión y del que Brunetti obtiene las formas c) y d). Según esto en virtud del artículo señalado nos encontramos - con que el asociado puede no participar en las pérdidas; o bien participar - en los resultados sin tener que efectuar una aportación, y en cualquiera de los trazos no se modifica para el autor mencionado el tipo de figura, sino - que se mantienen los trazos de la asociación en participación.

El artículo apuntado establece que "Las disposiciones de los artículos 2551 y 2552 se aplican también al contrato de co-interés a las utilidades de una empresa sin participación en las pérdidas y al contrato por el cual un contratante atribuye la participación en las utilidades y pérdidas de su empresa, sin el correspondiente de una determinada aportación."

Al respecto consideramos que para la existencia del contrato de asociación - en participación es necesario que se cuente con la "colaboración", con la -- "prestación", en fin con la "aportación" por parte del asociado, "colaboración" que puede ser en forma de un aporte en numerario o bien en especie, pero que no se limita a la entrega de algo, en sentido positivo, sino que basta con que sea susceptible de cuantificación económica. En este sentido la - "aportación" del asociado bien puede consistir en la promesa de correr un % el riesgo del negocio, o bien en responder en caso necesario de alguna o algunas de las obligaciones del asociante, producto de su empresa y esta "aportación" así efectuada es perfectamente válida puesto que es cuantificable y puede repercutir positiva o negativamente en el patrimonio del asociado.

Por ello consideramos acertado el aceptar como válida la participación en -- los resultados (positivos o negativos), sin que exista una previa transmi-- ción de bienes, considerada como aportación, situación que como vimos ya ha sido señalada en México.

Distinto es nuestro parecer en aquel contrato por el que se participa en las utilidades sin participar en las pérdidas. No obstante la respetable opinión de Antonio Brunetti y de quienes le siguen, creemos que aquí, donde efectivamente existe aportación, no se debe hablar de un contrato de asociación en - participación, porque se la ha sustraído una de sus características esenciales, y por lo mismo se ha modificado su naturaleza.

En este caso el asociado sabe que no tendrá ninguna disminución en su patrimonio, así que lo peor que le puede pasar es que ni pierda ni gane, lo cual

no es compatible con la idea de asociación en participación, puesto que en virtud del contrato de asociación en participación el asociado se obliga a correr con las eventuales pérdidas, si este riesgo no existiera, ninguna diferencia habría entre esta figura y el préstamo, (con o sin interés, dependiendo del resultado) por eso la propia ley italiana se ha encargado de diferenciar en el texto mismo del artículo 2554 a los dos contratos al decir que se aplica "al contrato de cointerés a las utilidades de una empresa" y es evidente que si se tratara de la misma figura, no se indicaría su aplicación a otra distinta.

3.1.4. FUNCIONAMIENTO DEL CONTRATO Y SU DISOLUCION

La administración de la sociedad ha quedado claramente determinada por lo dispuesto en el artículo 2552 que dispone que "la gestión de la empresa o del negocio, incumbe al asociante". Esta titularidad del negocio por parte del asociante, que es común a todas las legislaciones, se ve además fortalecida por el contexto general de la reglamentación italiana al respecto, pues to que se menciona que es él, el dueño de la empresa y que es él, quien proporciona la participación en los resultados.

Por lo mismo solamente a él, se le permite tener relación con los terceros y solamente él responde por el destino del negocio o de la empresa. El asociado en cambio, se mantiene oculto y le está vedado el participar en la administración. Esta prohibición emana de la interpretación a "contrariu sensu" que se efectúa al artículo 2551 que establece que "el tercero adquiere derechos y asume obligaciones solamente con el asociante, amén de lo dispuesto por el artículo 2552.

Hay que notar que ni en Italia, ni en ningún país del mundo el asociado puede presentarse ante los terceros como "dominus" del negocio o de la empresa y si se inmiscuyera en la administración por sí mismo y como asociado, corre el riesgo de responder por esa operación, ilimitadamente.

El único caso por el cual puede haber relación entre el asociado y los terceros, tiene lugar cuando el asociado está en posibilidad de ejercer la acción subrogatoria, cuando concurren sus presupuestos y con los efectos que ya conocemos. Del mismo modo a la inversa, los terceros en caso necesario podrán ejercer dicha acción contra el asociado.

El asociante no es un órgano social como lo es el administrador de una sociedad, puesto que no opera por mandato sino que se presenta en "nomine proprio". El asociante desde luego debe procurar la buena marcha del negocio ya que es tá obligado para con el asociado ha hacerle partícipe de los resultados que se obtengan, a cambio de ello tiene derecho a pretender que el asociado cumpla a aquello a lo que se comprometió, específicamente a efectuar su aportación según lo pactado y goza de todos los medios legales para hacerle cumplir en caso de que no lo haga.

Por su parte el asociado, tiene derecho a que el asociante destine su aportación al negocio convenido, objeto de la asociación, y al final a la participación que le corresponda así como a la restitución de lo aportado si esta restitución es procedente según los resultados.

De igual forma el artículo 2552 en su tercer párrafo, otorga al asociado el

derecho a la rendición de cuentas al finalizar el contrato, o bien a la rendición de cuentas anuales, si la vida del contrato se prolonga por un tiempo mayor. Además la legislación italiana ha previsto el derecho del asociado a la fiscalización del negocio, siempre y cuando así se estipule en el contrato, ya que de lo contrario, el asociado no podrá ejercer ningún control sobre el asociante sin su consentimiento. (24) Desde luego que en caso de existir dicha cláusula, el alcance de la fiscalización sobre el desarrollo del negocio dependerá de los términos en que se hubiere convenido.

En realidad creemos que la ley, más que señalar un derecho de asociado, contiene un derecho del asociante en el sentido de que a menos que el así lo convenga, el asociado no podrá vigilarlo en ningún momento.

Finalmente hay que apuntar que el asociado también cuenta con los medios legales por los que puede obligar al asociante a cumplir con sus compromisos.

Tratándose del reparto de las pérdidas y las ganancias, el Código Civil italiano ha disipado una gran laguna que existía en el código de comercio italiano en cuanto a la responsabilidad del asociado.

Actualmente el artículo 2553 del Código Civil establece exactamente que en todo caso "...la pérdida que se culpe al asociado no podrá superar el valor de su aportación."

Sin embargo esta disposición no existía en el código de comercio y por el silencio de la ley, la doctrina estaba sumamente dividida. De esta manera reconocidos estudiosos argumentaban que "...su riesgo (el del asociado) no se limita a la pérdida de lo que han aportado, sino que es ilimitado..."(25) y que si bien las partes deben esclarecer la participación en las utilidades y en las pérdidas del asociado, "éstas últimas no están a priori limitadas a la cuota conferida en asociación sino que, salvo cláusula diversa en el contrato, el asociado responde respecto del asociante ilimitadamente de las pérdidas, aún más allá del valor de la cuota aportada..."(26)

Como contraparte a estas opiniones y con una visión más acertada se decía, como no habría de confirmarlo el código civil que por la asociación en participación, se podía "participar en las operaciones comerciales de un tercero exponiendo tan sólo una determinada suma, fuera de la cual no se responde ya de los negocios comunes" por lo que la cantidad que arriesga el asociado siempre es limitada. (27)

24. Artículo 2552, 2º párrafo

25. Tullio Ascarelli, Derecho Mercantil, op. cit. p. 191

26. Ascarelli, Sociedades, op. cit. p. 393

27. Bolaffin, op. cit. p. 75 y 76

Como señalamos, el código civil ha dado fin a la discusión al establecer, como en México, Francia, etc. que la pérdida del asociado no puede superar el monto de su aporte, además en Italia se ha acordado por la doctrina contemporánea que dicha norma "debe considerarse de orden público"(28).

Por lo demás también el código italiano ha establecido como en nuestro país, que la participación en las pérdidas opera en la misma medida en que se participa en las ganancias, con la salvedad apuntada y es a las partes a quienes toca efectuar dicha proporción. Desde luego es difícil aceptar un convenio que no prevea el reparto de las pérdidas y ganancias puesto que son la causa del contrato para el asociante y sobre todo para el asociado, pero si las partes no hubieran estipulado sobre el particular el principio señalado anteriormente, será el que se tome como base para deslindar las responsabilidades de cada uno. En este sentido las legislaciones italiana y mexicana son similares 100%.

Por último en cuanto a la disolución del contrato, la ley italiana no ha previsto sus causas dado que se trata de un contrato bilateral y que por lo mismo se disuelve por causas generales para todos ellos, tales como el mutuo consentimiento, la falta de objeto o la expiración del plazo. Sin embargo toda causa que origine la separación de una de las partes traerá consigo el fin del contrato.

Por ello debemos considerar el caso de quiebra del asociante porque también constituye el fin de la asociación en participación, caso en el cual se atenderá lo establecido por la ley de quiebras italiana. Al amparo de esta ley hay que resaltar que el fin de la asociación en participación por quiebra del asociante, no opera de inmediato sino que se representa por el derecho del asociado a solicitar la disolución, en este caso el asociado se considerará un acreedor más del asociante y sólo por el importe que reste a su favor, previos los cargos efectuados por las pérdidas que le afecten(29).

Es necesario agregar que no se puede hablar de una 'liquidación' como en las sociedades, ya que se tratará de una simple rendición de cuentas que deberá efectuar el titular del negocio o empresa, la cual debe ser aprobada por el asociado para proceder al reparto real de las pérdidas o ganancias y a las restituciones de lo aportado si es que éstas son posibles dada la existencia de resultados favorables(30).

28. Messineo, op. cit. p. 9

29. Messineo, op. cit. p. 10 y 11

30. Solá de Cañizares, op. cit. p. 50

3. 2. EN FRANCIA

3.2.1. INTRODUCCION

En este país, la asociación en participación se encuentra reglamentada en los artículos 47 a 50 del código de comercio. La última edición oficial del código es el 31 de enero de 1841, a partir de entonces, diversas leyes han modificado su contenido, y fue la ley del 24 de junio de 1921 la que fijó la redacción actual a la parte relativa a nuestra institución.

Al respecto creemos que la asociación en participación está muy deficientemente regulada por la ley francesa. El código no define ni explica la asociación en participación, limitándose simplemente a mencionar a lo largo de los cuatro artículos que le dedica, las características que la conforman, dejando a la doctrina y a la jurisprudencia la labor de conceptualizarla y explicar su desarrollo, terminación y demás regulación legal.

Resalta sin embargo la disposición del artículo 49 que a la letra dice: --- "Las asociaciones en participación son sociedades cuya existencia no se revela a terceros..." Lo anterior ha determinado la naturaleza jurídica de esta figura en Francia, al ser aceptada como una sociedad, pero es de observarse la incertidumbre del legislador, puesto que no se atrevió a darle el nombre de sociedad, ni a incluirla dentro del artículo 19 que enumera las sociedades comerciales existentes en Francia (sociedad en nombre colectivo, en comandita y anónima). A cambio de ello el código de comercio dispone que "la ley reconoce a las asociaciones comerciales en participación".(1)

En Francia a partir de 1891 la Corte de casación ha reconocido la personalidad de las sociedades civiles(2), y la ley se la ha proporcionado a las sociedades comerciales, sin embargo, tratándose de la asociación en participación el código de comercio, no obstante considerarla como sociedad, les niega personalidad jurídica al decir el mencionado artículo 49 que ".....la asociación en participación no constituye una persona moral....."

Así pues se trata de una sociedad, la doctrina ha aceptado que es una sociedad de personas, pero distinta de todas las demás sociedades civiles o comerciales puesto que por ley carece de personería, con todas las consecuencias que esto implica quedándose así el carácter oculto de la figura. Por lo mismo atinadamente Escarra y J. Rault(3) han dicho que será sociedad a condición de no presentar características tales que la equiparen con otro contrato distinto, como el préstamo por ejemplo.

1.- Artículo 47 Código Comercio Francés.

2.- Georges Ripert op. cit. p. 22.

3.- Citados por Solá de Cañizares, op. cit. p. 24.

En realidad, excluyendo la característica de ser una sociedad, el contrato de asociación en participación que conocemos, no difiere sustancialmente de la forma como se le conoce en Francia, lo que fortalece la universalidad de la institución.

En cuanto a la denominación legal que recibe, la ley le llama indistintamente, asociaciones comerciales en participación y asociaciones en participación, lo que nos lleva a decidir si necesariamente debe tener o no, la característica de comercialidad.

Dada la libertad de objeto que establece el artículo 48 del código de comercio y puesto que en Francia tanto las sociedades civiles como las mercantiles tienen la posibilidad de producir beneficios para repartirlos entre los socios, consideramos acertada la opinión de algunos autores(4) que afirman -- que aunque sea por excepción sí puede haber sociedad en participación civiles, por lo que la aplicación de la asociación en participación, no se limita al ámbito del comercio, y seguramente por ello la ley le denomina de las dos maneras indicadas.

De este modo aunque no se trata de un caso común, la doctrina francesa ha aceptado que la actividad que se realiza en una asociación en participación puede ser de carácter civil, no obstante la gran mayoría de las veces se trata de una actividad de tipo mercantil.

En cuanto al elemento personal de la asociación en participación la ley no lo especifica, y sólo se refiere a las partes como si fueran personas físicas, además la doctrina francesa acepta que se trata de una sociedad del tipo de "personas" pero esto nos haría pensar que no pueden intervenir en su constitución personas morales lo cual no creemos atinado aceptarlo. Pensamos que si la asociación en participación se celebra sólo entre personas físicas, ciertamente se tratará de una sociedad de "personas", y esto es lo que sucede la mayoría de las veces, pero no vemos ningún inconveniente para que pueda constituirse con personas morales. Por lo mismo no creemos que se trate necesariamente, como en la colectiva o en la comandita de una sociedad "intuitu personae". Además no vemos porqué la ley ha de limitar los derechos contractuales de una persona moral si las obligaciones que se derivan son perfectamente válidas.

Puesto que la ley ha otorgado el carácter de sociedad a la asociación en participación, la denominación que reciben las partes que la celebran es de "socios" indistintamente, pero la doctrina ha llamado participante al asociado(5) y gerente al asociante(6), con objeto de contar con una denominación que los diferencie.

4.- Solá de C. op. cit. p. 24 y Georges Ripert, op. cit. p. 154

5.- Georges Ripert, op. cit. p. 154 y 155

6.- Solá, op. cit. p. 25

De cualquier manera ninguno de los dos debe ser comerciante para estar en posibilidades de celebrar un contrato de este tipo, y desde luego no reciben tal calificativo por el sólo hecho de la asociación en participación, - Pero por el desarrollo del contrato bien pueden adquirir tal calidad si es que no la tenían con anterioridad.

Finalmente por lo que hace al elemento personal de la asociación en participación, creemos aplicable lo expuesto para nuestro país en cuanto a la pluralidad de cada uno de ellos.

3.2.2. CONDICIONES DE VALIDEZ DE LA SOCIEDAD

En Francia la ley no exige formalidad alguna para esta sociedad, al amparo del artículo 48 del código que dispone que "las asociaciones en participación tienen lugar para los objetos dentro de las formas, proporciones de interés y condiciones convenidas entre las partes".

De este modo las partes, gozan de libertad plena para celebrar un contrato de asociación en participación siempre y cuando su objeto sea mercantil, pero si éste es civil, estará ligeramente limitado en su forma, como lo expresaremos en seguida.

Es decir que no obstante la libertad de forma del artículo 48 del código de comercio, ésta se ve restringida implícitamente cuando estamos ante una asociación en participación civil, conforme lo dispuesto por el artículo 50 del código de comercio que a la letra dice: "las asociaciones en participación pueden ser constatadas conforme las disposiciones del artículo 109" el cual habla de la manera de comprobar las compras y las ventas.

De lo anterior se desprende que en la mayoría de los casos, la asociación en participación goza de plena libertad en cuanto a la forma, ya que generalmente se constituye de modo comercial, y por lo mismo puede ser probada por todos los medios de prueba del código, por lo que hasta el pacto verbal es válido. Pero puesto que la jurisprudencia ha dicho que la asociación en participación civil está sujeta a las reglas de prueba del derecho civil, - pro aplicación del artículo 1834 del código civil deberá constar por escrito cuando el objeto social sea de un valor superior a 500 francos, lo que en la práctica sucederá en todos los casos.

Sin embargo nunca es exigible una escritura pública, lo que nos hace suponer aplicable el comentario del Dr. Cervantes Ahumada, en el sentido de -- que la forma es sólo "ad probationem causam", y que su falta no invalidaría el contrato.

Es posible también que cierto tipo de aportaciones requieran de formalidades especiales para su transmisión, caso en el cual las partes estarán obligadas a observarlas. La falta de éstas formalidades ocasionará la no transferencia de la propiedad de la aportación.

En cuanto a la publicidad y registro del contrato, Francia no se opone a la práctica común de todos los países y consagra lo anterior en el artículo 49 del código al disponer que las asociaciones en participación "no están sujetas a las formalidades de publicidad prescrita para las otras sociedades..."

Tocante a la capacidad de las partes, hemos dicho que no se les exige la calidad de comerciantes y del mismo modo no existen requisitos especiales, si no simplemente el de gozar de la capacidad necesaria para cumplir con aquello a lo que se están comprometiendo.

3.2.3. SUS CLASES

La ley francesa al establecer la libertad de objeto social, ha ampliado el campo de acción de la asociación en participación, el cual se limita solamente a que tenga una finalidad de lucro y a ser objeto lícito, pero a cambio tiene la opción de extenderse a la materia civil que como hemos visto no ocurre con frecuencia.

Sin embargo una primera clasificación será atendiendo a la materia y así encontramos asociaciones en participación civiles y asociaciones en participación mercantiles.

Generalmente en Francia, se forma para operaciones determinadas, y algunas sentencias antiguas no la consideraban utilizable para negocios permanentes, pero aparentemente(7) la doctrina y la jurisprudencia ya han admitido que pueda celebrarse con duración indefinida, por ejemplo para una rama del comercio.

Es tal la tradición de momentaneidad que existe en Francia, que la ley parece referirse únicamente a la celebración de un contrato entre varias personas, con miras a una operación que todavía no existe y de la cual no habrá una titularidad única de la misma, sino que la gestión será ejercida mancomunadamente.

Por lo anterior consideramos que la sociedad en participación francesa es - por excelencia momentánea o temporal, pero en la actualidad la permanente - va cobrando fuerza.

7.- Idem.

3.2.4. CARACTERES JURIDICOS DE LA SOCIEDAD EN PARTICIPACION FRANCESA

Ya mencionamos que en Francia, la ley le ha otorgado la calidad de sociedad, y es tal característica la que la diferencia primordialmente del contrato de asociación en participación que conocemos. Pero creemos que tal calificativo es legalmente irrelevante porque la ley no le considera aplicables las normas generales de las sociedades y por lo mismo la sociedad en participación francesa tiene su propia caracterización.

Resalta entre los franceses la falta de personalidad moral, que se hace más patente por haberse reconocido personalidad a las sociedades civiles y que ocasiona que en la práctica se le conozca y diferencie por ser una sociedad oculta.

En Francia el carácter oculto y la ausencia de personalidad ocasionan problemas singulares. Creemos que la falta se encuentra en la legislación puesto que el artículo 49 sólo dispone que "las asociaciones en participación son sociedades cuya existencia no se revela a terceros..." y más adelante agrega que "...la asociación en participación no constituye una persona moral..."

El problema radica en que no es claro el principio de que si la sociedad se da a conocer pierda el carácter de participación. En primer término el fisco exige, por un decreto del 9 de diciembre de 1948 una declaratoria de existencia de la sociedad con fines exclusivamente fiscales, lo cual ya contraría un poco el carácter secreto de su existencia. La tendencia es considerar que la asociación en participación no pierde su carácter aún cuando se revele a terceros pero la situación se complica cuando se trata del caso contrario, es decir otra sociedad que ni ha sido inscrita ni ha sido publicada. Por ejemplo una sociedad colectiva puede por olvido o por fraude no exteriorizarse a terceros, y los socios en este caso no pueden oponer a aquéllos la falta de publicidad pero entre sí la sociedad es nula, ¿podrán alegar entonces la existencia de una asociación en participación? la jurisprudencia ha resuelto que no. (8)

Si una asociación en participación se ha exteriorizado a los terceros, o si otro tipo de sociedades ha permanecido oculta, debe obligar a los jueces a decidir muy bien de que figura se trata, puesto que el tratamiento para una sociedad de hecho, y para una sociedad en participación es totalmente distinto, ya que en ésta una cosa es bien clara, que no se trata de una persona moral, y por lo mismo no tiene ni domicilio ni patrimonio no puede ser declarada en quiebra y no puede ser llamada ante la justicia. (9)

8.- Georges Ripert, op. cit. p. 152.

9.- Solá de Cañizares, op. cit. p. 27

3.2.4.1. LAS APORTACIONES

Toda sociedad se hace de su patrimonio, a través de las aportaciones, pero - dado que la asociación en participación no es persona, no tiene patrimonio, sin embargo sí requiere de las aportaciones, sólo que éstas no son transfere-- ridas al patrimonio social porque éste no existe. Joly y Houpin-Boevieux(10) interpretan entónces que cada parte continúa siendo propietario de su aporta-- ción, a menos que se trate de bienes fungibles como el dinero, caso en el -- que evidentemente pasará a ser propiedad del gerente (asociante), quien queda como deudor del participante que lo ha aportado.

Pero desde luego decidir el régimen de las aportaciones, es cuestión que la corresponde a las partes, y cualquier pacto que hagan al respecto será válid-- do. La práctica francesa, según los autores consultados presenta tres posibi-- lidades:

- 1.- Cada socio conserva la propiedad de su aporte. Esto como se ha dicho es la interpretación que se acepta cuando no existe convención al -- al respecto, y desde luego con la excepción de las cosas fungibles, independientemente de que al momento de la liquidación el socio que aportó tiene derecho a recobrar lo entregado.
- 2.- Las aportaciones pasan a ser propiedad del socio empresario, respon-- sable de la empresa. El gerente se convierte entonces en propietario de lo aportado, pero tiene la obligación que nace de la convención - por lo que necesariamente debe afectar ese aporte al objeto social.
- 3.- Las aportaciones pasan a ser copropiedad de los socios. Esta hipóte-- sis para que sea válida debe ser objeto de un pacto entre los socios pues la participación no implica por sí, la copropiedad, sin embar-- go debe presumirse en el caso de una compra en común para revenderse posteriormente, lo que es usual en el comercio de piedras preciosas, pero no este caso tampoco hay propiedad social sino una indivisión - de la cosa comprada.(11)

Por lo que hace al momento de la entrega de las aportaciones, o entregas par-- ciales, etc. creemos aplicable lo expuesto para tal efecto en el capítulo an-- terior, ya que no se iría en contra de la ley francesa, dado el silencio de-- la misma.

En relación a las aportaciones la ley dispone que "...no pueden ser emitidos títulos cedibles o negociables en provecho de los asociados".(12) Es decir - que las partes acuden a la sociedad como en la colectiva y lo que tienen son derechos personales que para cederse deberán contar con el consentimiento -- del gerente (asociante), de conformidad con lo dispuesto por el derecho civil francés.

10.- Citados por Solá, op. cit. p. 27.

11.- Georges Ripert, op. cit. p. 156 y 157

12.- Artículo Código de comercio in fine Art. 48 código de comercio.

3.2.5. FUNCIONAMIENTO DE LA SOCIEDAD Y SU DISOLUCION

La administración de la sociedad pertenece a quien realiza la explotación comercial, el cual tiene la obligación de cuidar el interés del socio participante (asociado), y de mantener en secreto la existencia de la sociedad. Al igual que en México, es el único que se obliga con los terceros, y entre éstos y los socios participantes no hay relación alguna.

La ley no prohíbe la ingerencia en la gestión a los participantes como lo hace con los socios comanditarios, pero no lo hace por ser suficientes los principios generales y porque el artículo 49 supone una responsabilidad solidaria e ilimitada para aquel que gestione, al decir que "...cada asociado contrata con los terceros en su nombre personal..."

En Francia sería válido que la administración se confiara a varios gerentes, incluso éstos podrían ser extraños a la sociedad puesto que no se afecta ninguna disposición legal. Si nada se ha pactado, se consideran gerentes todos y cada uno de los socios siendo responsables cada uno de las operaciones que realicen.

La manera en como distribuir los beneficios y las pérdidas, se establece libremente por las partes (13), bien al momento de la convención o bien al momento de efectuarla, pero esta distribución debe haberla ya que de lo contrario se quitaría su carácter a la sociedad.

Como supuestos a la distribución solamente se diría que se requiere que la sociedad exista, y que se haya efectuado la aportación porque de no ser así se estaría en presencia de un pacto leonino según Ripert. Al igual que en la mayoría de las partes la participación en las pérdidas del socio participante es por lo general hasta el monto de su aportación.

La determinación de las ganancias y de las pérdidas corre a cargo del socio gerente, pero desde luego el participante tiene derecho a fiscalizar la actividad de aquél. En caso de pérdidas los acreedores del gerente no tienen acción alguna contra el participante, a no ser que se hubiera inmiscuido en las operaciones, y solamente podría demandarle por medio de la acción oblicua para que entregara lo que adeude de su aportación.

Por último el fin de la sociedad en participación podrá presentarse por cualquiera de las causas por las que se disuelven las sociedades colectivas o comanditas tales como:

13.- Artículo 48 Código de Comercio.

- 1) Vencimiento del plazo.
- 2) Realización del negocio.
- 3) Muerte.
- 4) Pérdida de la cosa objeto de la sociedad.
- 5) Interdicción o quiebra de un socio.
- 6) Por voluntad unilateral de cada uno de los socios. (14)

14.- Soláde Cañizares, op. cit. p. 30 y Ripert, op. cit. p. 158.

3.3. EN ESPAÑA

3.3.1. INTRODUCCION

El Código de Comercio Español de 1885, que entró en vigor desde el 1o. de enero de 1886 denomina "Cuenta en Participación" al contrato de asociación en participación que nosotros manejamos. Para su reglamentación le dedica solamente cinco artículos, del 239 al 243 que se encuentran inmediatamente después de las sociedades y antes de los demás contratos. Porque (para algunos autores), la considera como una forma de tránsito, entre las compañías mercantiles con personalidad jurídica y las relaciones puramente contractuales. (1)

A lo largo del título que ocupa dentro del Código, se puede apreciar que la regulación de la cuenta en participación, deja mucho que desear y por lo mismo se le ha criticado por confusa e insuficiente, asegurándose que algunos artículos son oscuros y equivocados, lo que ha repercutido en una considerable labor jurisprudencial y doctrinal, a efecto de suplir las deficiencias legales, que han dejado varios problemas sin solución.

La generalidad de los autores españoles consideran que la cuenta en participación no puede ser catalogada como sociedad, y después de severos análisis se acepta casi por la totalidad de la doctrina que se trata de un contrato. (2)

-
- 1.- Joaquín Garrigues, Curso de Derecho Mercantil, Tomo II, Ed. Porrúa, México 1979, p. 56
 - 2.- Emilio Langley y Rubio, Manual de Derecho Mercantil Español, Tomo III -- Bosch, Casa Editorial, Barcelona 1959, p. 334 y siguientes. También opinan así Vicente y Gella, Alvarez Bonilla-Moñana, Broseta Pont etc., En contra Solá de Cañizares.

3.3.2. CONSTITUCION, CONDICIONES DE VALIDEZ Y SUS CLASES

El artículo 239 del Código, nos proporciona el elemento personal, su objeto y su concepto legal al establecer que "podrán los comerciantes interesarse los unos en las operaciones de los otros, contribuyendo para ellas, con la parte del capital que convinieren y haciéndose partícipes de su resultados, prósperos o adversos en la proporción que determinen".

La disposición, aunque errónea, es clara, se trata de un contrato entre comerciantes: la ley no se refiere a las partes más que genéricamente, llamándoles "partícipes" a todos los que forman el contrato(3), y mencionando que uno de ellos es el "gestor" de las operaciones(4), por lo que la doctrina - para evitar confusiones acepta en términos generales los vocablos de "gestor" y "partícipe" para referirse al "asociante" y al "asociado" respectivamente, expresiones éstas últimas, que también son admitidas.

Se ha censurado mucho la obligación de que ambas partes contratantes sean comerciantes puesto que no es entendible la terquedad del Código en continuar con el sistema de 1829, ya que además de poco afortunada, es una exigencia que rara vez se cumple.

Generalmente son partícipes (asociados) aquellas personas que no pueden o no quieren ejecutar actos de comercio por sí mismas, y precisamente para no hacerlo pero sí obtener los beneficios de comerciar, recurren a este contratante por el que permanecen ocultos. En la mayoría de los casos el gestor (asociante) sí es comerciante pero se arguye que ni siquiera a él debería exigírsele tal calidad porque bien puede suceder que se trate de dos personas no comerciantes que deseen llevar a cabo un único acto de comercio en lugar de dedicarse a dicha profesión habitualmente.(5)

Además en todo caso, cuando se trate de realizar actos mercantiles, aún por quienes no sean comerciantes se aplicará el Código de Comercio, porque así lo dispone el mismo. Por todo esto, a pesar de lo establecido por el artículo 239, la doctrina considera que para la validez del contrato no es necesaria la calidad de comerciante, al menos para el partícipe y parece ser que así lo ha aceptado la jurisprudencia.(6)

En México, Francia, Alemania, Italia, Argentina, etc., no figura el requisito de la calidad de comerciantes pero como vemos en, Uruguay ambas partes deben serlo aunque también se acepta que no lo sea el asociado.

4.- Artículos 242 y 243 Co. Co.

5.- Langlo, op. cit. p. 330.

6.- Ver Solá de C. op. cit. p. 121 y Manuel Broseta Pont, Manual de Derecho Mercantil, Ed. Tecnos, Madrid 1974, p. 331.

Por otra parte como la ley no lo prohíbe, no se ve inconveniente alguno para que tanto gestor como partícipe puedan serlo personas físicas o sociedades.

El objeto de la cuenta en participación española, también se desprende del artículo 239, el que sólo se refiere a "las operaciones" sin limitarlas con ninguna adición por lo que el objeto puede consistir en una operación solamente o varias operaciones o la totalidad de las operaciones de la empresa del gestor.

Ahora bien, la cuenta en participación es un contrato comercial, y por lo mismo el tipo de operación u operaciones a que se refiera, deberán ser siempre mercantiles, más todavía cuando ambas partes o el socio gestor únicamente sean comerciantes.

Para su celebración, España ha seguido la corriente general de otorgar libertad de formalidades a las partes y dispuso que "las cuentas en participación no estarán sujetas en su formación a ninguna solemnidad, pudiendo contraerse privadamente, de palabra o por escrito, y probándose su existencia por cualquiera de los medios reconocidos en el derecho, conforme lo dispuso por el artículo 51". (7)

En virtud del artículo transcrito, se ha señalado que se trata de un contrato totalmente consensual y bilateral que se perfecciona por el simple acuerdo de voluntades entre el gestor y el partícipe. (8)

Contrato que puede formarse no sólo verbalmente o por escrito privado sino también por correspondencia postal o telegráfica, incluso por escritura pública.

Evidentemente a la cuenta en participación no se le exigen como a las sociedades ni la publicación ni la inscripción en el Registro Público de Comercio. Tratándose de la inscripción Solá de Cañizares (9) opina que no sólo no se le exige, sino que no es inscribible, porque iría en contra del carácter oculto de la sociedad. A esta situación volveremos en su oportunidad.

En cuanto a la forma de probar la existencia de la cuenta en participación, el artículo 240 nos remite el 51 que acepta todos los medios de prueba del

7.- Artículo 240 Co. Co.

8.- Broneta Pont. op. cit. p. 333. También Alvarez-Bonilla-Miñana, Tratado de Derecho Mercantil Español, Madrid 1916 p. 715

9.- Op. cit. p. 124.

derecho civil, restringiendo la declaración de testigos cuando la cuantía exceda de 1500 pesetas, caso en el que no será suficiente por sí sola, por lo que deberá acompañarse de otra. Según Langley(10) no se trata aquí de la cuantía que arroje la distribución de pérdidas o ganancias sino la del valor de la aportación del partícipe (asociado).

Respecto a las clases de la cuenta en participación, podemos decir que por la materia, siempre será mercantil. Si atendemos el objeto social puede ser de las tres formas consabidas:

- a) Momentánea u ocasional cuando sólo tenga por objeto una operación de comercio aislada.
- b) Temporal, cuando sea relativa a varias operaciones comerciales, y
- c) Permanente cuando se refiera a la totalidad de la empresa del gestor.

Desde luego que en cada uno de ellas caben tanto la pluralidad de partícipes como la de los gestores cuya actividad se regirá por separado o en común según hayan sido designados en la convención.

Legalmente en este país toda cuenta en participación debería ser recíproca, dada la expresión del artículo 239 al decir "interesarse los unos en las -- operaciones de los otros", que interpretado literalmente significa que ambas partes gestionan su propio negocio y ambas participan a la otra en el resultado. Situación ésta que si se presenta es válida pero que no es la modalidad típica.

La doctrina ha dicho que esa idea de participación recíproca, seguramente -- no entró en las intenciones del legislador y que es perfectamente lícito, -- sin lugar a dudas, que no exista esa reciprocidad.(11)

3.3.3. CARACTERES JURIDICOS DE LA CUENTA EN PARTICIPACION ESPAÑOLA

3.3.3.1. CARACTER OCULTO Y AUSENCIA DE PERSONALIDAD

El carácter oculto de la cuenta en participación (asociación en participación, sociedad en participación y sociedad tácita en otros países), es aceptado universalmente. Este contrato carece de vida exterior, existe para las partes pero no para los terceros, ante quienes no existe más persona vincu-

10.- Op. cit. p. 338.

11.- Emilio Langley, Solá de Cañizares y Broseta Pont, op. cit. p. 330, 126 y 332 respectivamente.

lada con ellos como deudor o acreedor que el titular del negocio, es decir el gestor.

En el derecho español, este carácter oculto del contrato resulta de la ausencia de formalidades con que se celebra, además de lo establecido por el artículo 241 que ordena que "en las negociaciones de que tratan los dos artículos anteriores, no se podrá adoptar una razón comercial común a todos los partícipes, ni usar más crédito directo que el del comerciante que las hace y dirige en su nombre y bajo su responsabilidad individual".

Como corolario de lo anterior el Código dispone que las relaciones jurídicas externas sólo existirán entre el gestor y los terceros, sin que éstos tengan acción contra los partícipes, ni éstos contra los terceros, a no ser que hubiere existido cesión de derechos formal(12).

Las consecuencias de este carácter oculto de la cuenta, han sido estudiadas por la doctrina española, la que opina que dicho carácter oculto no debe exagerarse al grado de interpretar que cuando el contrato es conocido por los terceros o el público en general, sea por haberlo averiguado los terceros o porque los partícipes así lo manifiesten, pierde su naturaleza de cuenta en participación, aumentándose la responsabilidad de los partícipes frente a los terceros.

La publicidad del contrato es inecesaria pero no está prohibida, y por ello ni el derecho positivo español (ni el de ningún país) exige el secreto porque esto no es la esencia, ni la característica principal del contrato. No hay pues, inconveniente u obstáculo alguno, en que el partícipe sea conocido con el carácter que realmente tiene, cosa que de estar descubierta sólo puede ofrecer mayor seguridad a los terceros.(13)

Vinculada al carácter oculto de la figura, está la característica de que la cuenta en participación española carece de personalidad jurídica. Esta ausencia de personalidad también resulta de la ausencia de formalidades, de la prohibición para utilizar una razón comercial común a los partícipes y de las disposiciones que obligan al gestor a efectuar las operaciones bajo su responsabilidad y en propio nombre, y de que los terceros contratantes sólo tienen nexo jurídico con la persona que contrata. Además, a diferencia de las sociedades, el Código no reconoce personería a la cuenta en participación.

En fin que no cabe duda de que en España, como en las demás legislaciones, la cuenta en participación no constituye un nuevo ente jurídico, situación

12.- Artículo 242 Co. Co.

13.- Langley y Solá de C., op. cit. p. 347 y 125 respectivamente.

que ha sido admitida por la jurisprudencia. Como consecuencia de la ausencia de personalidad, podemos señalar las siguientes;

- a) No existe nombre ni domicilio ni nacionalidad, sino que la gestión se efectuará con los atributos de la persona física o jurídica que lleva la negociación.
- b) La cuenta en participación no goza de patrimonio propio sino que por lo general la aportación del partícipe acrecenta el patrimonio del gestor, quien siempre ante los terceros será el titular legítimo de los bienes.
- c) En las relaciones con terceros el único responsable es el gestor, no existiendo vínculo entre los partícipes y aquéllos. (14)

3.3.3.2. LAS APORTACIONES Y LA AUSENCIA DEL FONDO COMUN

El artículo 239 dice que el partícipe contribuye a las operaciones con la parte de capital que convinieren, es decir que la existencia de un capital es condición esencial del contrato de cuenta en participación pero la palabra "capital" debe interpretarse en el más amplio sentido.

O sea que el capital se ve formado mediante las aportaciones de cada contratante y se aceptan aportaciones de uso o disfrute, las de garantía, y las de trabajo, prestación ésta última que es económicamente tan útil como las demás. Thaller(15) admite inclusive que el gestor opere con sus propios recursos solamente y que debe aceptarse como válido que el partícipe solamente se comprometa a responder por las pérdidas que resulten, fraccionándose así el saldo negativo, caso en el cual se trata de una aportación nominal.

Al igual que en otros países, no es necesario que la entrega de los aportes se efectúe de inmediato, ni mucho menos que se haga una sola entrega. Las partes deberán convenir la fecha de entrega y la posibilidad de efectuar aportaciones parciales.

Según la doctrina mejor fundada, la aportación pasa a formar parte del patrimonio del titular del negocio es decir el gestor pero es perfectamente válido el pacto por el cual los bienes aportados continúan siendo propiedad del partícipe (asociado). Sin embargo cuando no existe estipulación al respecto, debe entenderse que los bienes aportados son transferidos en propiedad al gestor.

14.- Garrigues, op. cit. p. 58

15.- Citado por Langle, op. cit. p. 331.

Precisamente por las consideraciones precedentes la doctrina española y la jurisprudencia(16), se pronuncian porque en la cuenta en participación no existe patrimonio o fondo común, pero con toda razón se ha argumentado, sobre todo por los defensores de que la cuenta en participación es una sociedad, que este principio rige solamente en ausencia de pacto expreso.

Efectivamente, la ausencia de fondo común en consecuencia de la falta de -- personalidad y de que el gestor actúe siempre en nombre propio, es decir -- que se trata de una noción vinculada a las relaciones con terceros y si hemos aceptado que las partes tienen libertad para decidir el régimen jurídico de las aportaciones, bien podrían establecerlas como fondo común o bajo el régimen de copropiedad, lo que no se opone ni a la Ley ni a la moral ni al orden público por lo que, un pacto así será perfectamente válido. Pero evidentemente, será válido sólo para (los efectos internos, ya que ante los terceros, aquél con quien contraten siempre será el propietario de los bienes(17).

Para la transmisión de las participaciones, debe aplicarse el artículo 143 del Código de Comercio, por el que sin el consentimiento de los otros contratantes, dicha transmisión no es posible, salvo desde luego las cláusulas especiales que se contemplan en el contrato.

16.- Solá de Cañizares ver autores y jurisprudencia que cita, op. cit. p. - 131 y 132.

17.- Idem.

3.3.4. FUNCIONAMIENTO DE LA CUENTA EN PARTICIPACION Y SU DISO- LUCION

La administración de la cuenta en participación corre a cargo del gestor, - quien es el responsable y titular de la o las operaciones o de la empresa, objeto de la cuenta. Desde luego que el gestor pueden ser uno o varios y su labor la desarrollarán conforme hayan sido designados en el contrato,

Si algún partícipe ejecutara alguna de las operaciones objeto de la cuenta en participación se convierte por ello en gestor de esa operación, siendo - él el responsable y titular de la misma ante los terceros y los propios, pe- ro en la práctica es el gestor original quien siempre desarrolla la gestión.

Tratándose de la cuenta en participación, a nuestro entender, es erróneo el hablar de "representación" como lo hacen algunos autores(18) ya que esa representación no existe puesto que se gestiona en el nombre individual del - titular de la operación, sin que exista por lo tanto ningún mandato.

Lo que sí es cierto es que el gestor, como dueño de la negociación o titu- lar de la operación, puede recurrir a la figura de la representación, desig- nando un apoderado suyo, para el mejor desenvolvimiento de las actividades, pero éste representante nunca actuará en nombre propio ni en nombre de los asociados, como tampoco podrá presentar como titular de la operación.

El gestor necesariamente debe ser una de las partes del contrato, porque -- las operaciones las hace y dirige en su propio nombre y los terceros "sólo tendrán acción contra él y no contra los demás interesados"(19) lo que sig- nifica que el gestor también es uno de los interesados en el negocio.

En cambio, el gestor como único titular de las operaciones o de la empresa, puede designar a otro sea extraño al contrato, o bien partícipe de la cuen- ta, para que en su nombre lleve a cabo alguna o algunas o todas las opera- ciones a que se refiera la asociación quien desde luego deberá someterse a los lineamientos que el gestor le dé.

"Los que contraten con el comerciante que lleve el nombre de la asociación, sólo tendrán acción contra él y no contra los demás interesados, quienes -- tampoco la tendrán contra el tercero que contrató con el gestor, a no ser - que éste les haga cesión formal de sus derechos". (20)

18.- Solá de Cañizares op. cit. p. 139.

19.- Artículo 242 Co. Co.

20.- Idem.

La disposición anterior viene a confirmar lo que hemos comentado respecto a las relaciones externas, las cuales únicamente se establecen entre los terceros y el gestor que efectúa las operaciones. De aquí que los participes se les considere ocultos o secretos, dado que no intervienen activamente en ella "pero no se ha de ser obstáculo para que, si así lo convienen, y previa la respectiva entrega del capital aportado por cada uno al negocio del otro, puedan ambos contratantes actuar cada uno por su parte, comunicándose los resultados prósperos o adversos de su gestión" (21), caso en el que la cuenta en participación es recíproca.

Los participes no tienen relación con los terceros ni éstos con aquéllos, - por el desarrollo de la cuenta en participación a no ser que exista una cesión de derechos por parte del gestor la cual, entenderemos, puede otorgarse tanto a los participes como a los terceros pero en este caso la relación se establece ya no es por la cuenta en participación, sino en virtud de otro contrato, por lo que el carácter con el que se presenten será de "comisionarios" causa habientes del cedente y no a título de participes o de copartapartes del gestor. (22)

No obstante, y sin que exista cesión de derechos, podrán ejercerse entre -- los terceros y los participes las acciones subrogatorias y pauliana por -- ejemplo para exigir la entrega de las aportaciones pendientes por el participipe o para anular acuerdos fraudulentos entre el gestor y el participipe. (23)

Entre las partes celebrantes del contrato, sus derechos y obligaciones deberán regirse por las cláusulas de la convención, pero si no se hubiese estipulado al respecto, existen a favor del gestor los derechos de obtener la aportación prometida, de desarrollar libremente la ejecución de las operaciones, de percibir su parte en los beneficios y de repercutir las pérdidas convenidas al participipe. Asimismo corre a su cargo la rendición de cuentas, lo que es un derecho y una obligación.

Al participipe le asisten los derechos de exigir la realización de las operaciones pactadas, de que su aportación sea aplicada a esas operaciones y no a otras, de que el gestor a su vez aporte lo que haya prometido, de que se le rindan cuentas "justificadas" de los resultados, de exigir que también el gestor sufra con las pérdidas convenidas, y de que se le paguen las utilidades que arroje el resultado de la cuenta en participación.

Al final del contrato el participante tiene el derecho de que le sea restituida su aportación, o lo que quede de ella por efecto de las pérdidas.

21.- Lorenzo Benito, Derecho Mercantil Español, Tomo III, Madrid, 1929 p. 174.

22.- Alvarez-Bonilla-Miñana, op. cit. p. 718

23.- Broseta Pont, op. cit. p. 336

Como hemos dicho, el partícipe no tiene responsabilidad alguna externamente, pero ¿Cuál es el tipo de responsabilidad que existe entre gestor y partícipe y entre gestor y terceros? Desde luego el gestor responde personal e ilimitadamente ante aquellos con quienes contrató las operaciones, y si hay varios gestores para una misma operación, responderán todos ellos de la misma manera ante el tercero y entre ellos creemos que existe responsabilidad solidaria.

Para determinarse la responsabilidad del partícipe ante el gestor, el código no proporciona solución alguna. Es decir, cuando las pérdidas que proporcionalmente correspondan al partícipe excedan el importe de su aportación, ¿estará obligado a ampliarla?

Obviamente el reparto de pérdidas y ganancias se regirá por la cláusula respectiva del convenio, pero es necesario preguntarse si es válido o no el pacto por el que el partícipe limite su responsabilidad a una suma prefijada.

La doctrina española al respecto, considera perfectamente válida una cláusula por la cual el partícipe establezca de antemano el límite que está arriesgando al celebrar el contrato. Pero las opiniones de los tratadistas se dividen, al tratar de resolver el problema, cuando no existe estipulación en el convenio, que determine el límite de responsabilidad del asociado.

Para unos, si no se ha limitado la responsabilidad del partícipe, éste debe responder ilimitadamente ante el gestor, aumentando en caso necesario su aportación, debido a que no existe ninguna ley que establezca la limitación de las obligaciones del partícipe. (24)

Para otros (25) la tesis predominante en la ciencia extranjera, en el sentido de que la responsabilidad del partícipe no debe superar el valor de su aportación, es la que debe prevalecer.

Consideramos que la limitación de la responsabilidad a la aportación del partícipe es la correcta, no sólo porque el partícipe (se presume) arriesga una suma y no una cuota, sino porque sería injusto que adquiriera una responsabilidad personal e ilimitada por operaciones en las que ni siquiera intervino y de las cuales, no es titular.

Nos parece muy acertada la opinión de Solá de Cañizares (26) al decir que, -

24.- Gay de Montella y Ponsá y Gil, citados por Solá, op. cit. p. 137.

25.- Langley y Solá de Cañizares, p. 332 y 138 respectivamente.

26.- Op. cit. p. 138.

el argumento de que la limitación de responsabilidad no lo prescribe ninguna ley, no es válido, "lo que no prescribe ninguna ley, es que a alguien que se ha comprometido a pagar una suma o a entregar alguna cosa, se le obligue a pagar o a entregar más de aquello a que se ha obligado".

Claro que también es aceptable el pacto por el cual el partícipe responde ilimitadamente ante el gestor, pero en caso de ausencia, creemos que los jueces deben inclinarse por la solución contraria.

Finalmente el artículo 243 del código de comercio establece que "la liquidación se hará por el gestor, el cual terminadas que sean las operaciones rendirá cuenta justificada de sus resultados".

Una vez efectuada y aprobada la rendición de cuentas se deberá proceder al reparto real de las pérdidas y ganancias y a la restitución de las aportaciones, sean en dinero o en especie, si es que esta resitución es posible.

Los modos generales de disolución de los contratos mercantiles, son aplicables para la terminación de este contrato, en realidad no se debería hablar de liquidación, porque no se trata de una sociedad mercantil, sino de una mera rendición de cuentas.

Entre las causas de disolución españolas, podemos señalar el mutuo consentimiento, el transcurso del tiempo previsto para su duración (caso en el que las operaciones iniciadas deberán terminarse), la falta de objeto, la muerte del gestor, salvo pacto expreso de continuación con sus herederos y la quiebra o suspensión de pagos del gestor. (27)

Se agrega también la denuncia del contrato, pero se dice que tratándose de una cuenta en participación temporal o permanente, la mala gestión demuestra a la terminación de una operación será motivo de rescisión parcial de la cuenta, solamente en relación a los negocios que se encuentren pendientes de iniciarse y no así de los que ya estuvieren en marcha, los cuales deberán terminarse. (28)

27.- Iangle, op. cit. p. 348-351.

28.- Lorenzo Benito, op. cit. p. 183.

3.4. EN ALEMANIA.

3.4.1. INTRODUCCION.

Lo que en nuestro país se conoce como asociación en participación, en alemán recibe el nombre de "stillegesellschaft", que debe traducirse como "sociedad tácita". Y puesto que "gesellschaft" significa 'sociedad', debemos concluir que la asociación en participación es para los alemanes una sociedad, y así ha estado aparentemente considerada en sus ordenamientos como veremos más adelante.

En el primer proyecto de código de comercio se reglamentó únicamente la sociedad en comandita, y se creyó que la sociedad oculta o tácita era una especie de aquella. Pero como señalamos en el primer capítulo, más tarde se diferenciaron éstos tipos de sociedades. De esta manera al promulgarse el código de comercio de 1861, además de reglamentarse la sociedad en comandita, se consideraron en un libro específico, a la "sociedad tácita" y a un tipo de "asociación para hacer por cuenta común negocios de comercio aislados".

Aunque ambas eran sociedades ocultas (secretas por no darse a conocer al público), la tácita no tenía limitación alguna en cuanto al número y duración de los negocios a los que se refería, mientras que la segunda considerada como sociedad momentánea, sólo podía formarse para unas determinadas operaciones de duración limitada.

Así se conceptuaba a la asociación en participación hasta que se promulgó con fecha 10 de mayo de 1897, el vigente Código de Comercio del Imperio Alemán, que empezó a regir desde el primero de enero de 1900. En este nuevo código, desaparecieron las disposiciones del anterior acerca de la sociedad momentánea de tal suerte que en Alemania existe hoy un solo tipo de asociación en participación, denominado " stille gesellschaft " o sociedad tácita, y que las versiones castellanas del código de comercio alemán, por haberse efectuado en España, traducen como "cuentas en participación" o "asociaciones de cuentas en participación".

Esta stille gesellschaft, se encuentra reglamentada en los artículos 335 a 342 del código de comercio, es decir en la sección quinta del libro segundo llamado "de las sociedades mercantiles y de las cuentas en participación"

En realidad la historia legal alemana es coincidente en este sentido con la de nuestro país, con la salvedad de que la información legal actual de esta figura es complementaria una de la otra.

El texto alemán no proporciona una definición de la stille gesellschaft co-

no lo hacía el artículo 250 del código de 1861 (1), pero en su artículo No. 335 dispone que: "El que sin dar su nombre desee participar del negocio que otro haga, mediante una aportación, habrá de hacer ésta de tal suerte que - pase a formar parte de la fortuna del dueño del negocio..."

De esta manera la regulación alemana nos proporciona las características esenciales de la figura y los lineamientos generales de cómo llevarla a cabo, los cuales se complementan por otras disposiciones subsecuentes.

Por lo que hace al elemento personal de la institución, la doctrina (2), ha dicho que el número de personas entre las que se realiza el contrato sólo puede ser de dos, de tal manera que no se aceptan varios socios en participación (asociados), al mismo tiempo, pero en la práctica mercantil alemana se ha recurrido a la combinación de varios contratos distintos celebrados por parte del mismo "propietario de la negociación" (asociante), lo cual no contraría la disposición legal y sí permite una mayor agregación de capitales. Puesto que la ley sólo habla de 'personas', se entiende que tanto una como otra parte pueden ser personas físicas o personas morales.

En cuanto al objeto, la ley no establece restricciones. Siempre y cuando la actividad que se desarrolle sea de tipo mercantil, las partes pueden dedicar el contenido del contrato a cualquier negocio que deseen. De esta manera el asociante (propietario o gerente), deberá tener un negocio comercial o prepararse a tenerlo producto del contrato.

La limitación del objeto al campo mercantil, no deriva de la ley sino de la doctrina y la costumbre alemanas. Inclusive la ley mercantil acepta que los ordenamientos civiles se apliquen supletoriamente a esta figura, pero los doctrinarios prefieren aplicar en caso dados usos mercantiles, debido seguramente a la gran importancia que esta figura tiene en la práctica mercantil de Alemania. (3)

El código de comercio alemán, no decide la naturaleza jurídica de la stille gesellschaft, más bien es contradictorio porque a lo largo de su articulado utiliza indistintamente los términos de: "el contrato de sociedad" (4) el de "socio" (5) y el de "sociedad" (6) que nos hacen pensar que la considera como sociedad, además de declararle aplicables disposiciones relativas a la

- 1.- El art. 250 del código de 1861 decía: "Hay stille gesellschaft" cuando una persona se interesa mediante una aportación a la explotación comercial de otra persona para participar a los beneficios y a las pérdidas!"
- 2.- Solá de Cuñizares, op. cit. p. 36
- 3.- Karl Weinsheimer, Derecho Mercantil Ed. Labor S.A. Madrid 1933 p. 95.
- 4.- Art. 356 Co. Comercio Alemán.
- 5.- Art. 338 Co. Comercio Alemán.
- 6.- Art. 339 Co. Comercio Alemán.

sociedad en comandita y a la sociedad en general (7), pero por otro lado es de notarse que el libro segundo del código se intitula "de las sociedades mercantiles y de las cuentas en participación", lo que supone que no se trata de una sociedad. Esto hace decir a Kar Heinsheimer (8) que "en realidad no pertenece al grupo de las sociedades comerciales en sentido técnico" además diferencia plonamente a la stille gesellschaft con otras sociedades por que "la empresa mercantil no es explotada por la sociedad misma en común si no regida en su totalidad por el otro asociado como propietario del negocio". Sin embargo él mismo la denomina varias veces como "sociedad de cuentas en participación" (9). De cualquier manera, parece ser que la opinión más generalizada es la de considerar esta figura como una sociedad, sobre todo por los términos que utiliza el código.

Desde luego existen otros autores y estudiosos alemanes que en base a las diferencias que existen entre la sociedad tácita y las sociedades comerciales la consideran de otras maneras. Para algunos se trata de un contrato similar pero distinto al de sociedad o bien se trata de una institución "sui generis". Por ejemplo Cosak la estudia en una sección aparte de la dedicada a las sociedades comerciales pero se concluye que es una sociedad "sui generis", distinta a todas las demás (10). En fin, como en todos los países, su carácter oculto, su ausencia de nombre y patrimonio así como la liberalidad de formas, la distinguen sensiblemente de cualquier otra figura jurídica.

7.- art. 339 Co. Comercio

8.- op. cit. p. 120

9.- ídem.

10.- Véase Solá de C. op. cit. p. 33 y citas que menciona.

3. 4. 2. CONSTITUCION Y CLASES DE LA SOCIEDAD TACITA.

Existe en la terminología alemana una división entre los comerciantes, los "vollkaufleute" y los "minderkaufleute". El "minderkaufleute" es un pequeño comerciante, lo que no significa que sea 'al por menor' sino que es un comerciante poco importante que incluso no se inscribe en el registro del comercio, en cambio el "vollkaufleute", es el comerciante en plenitud de ejercicio y en plenitud de derechos y obligaciones como comerciante, el cual puede ser 'al por mayor' o 'al por menor'. En Alemania, como se ha apuntado, el asociante debe ejercer el comercio es decir que debe ser comerciante, sea por profesión o por la celebración del contrato, pero se acepta que el asociante sea de cualquiera de las dos clases que se conocen, de tal manera que tanto el pleno comerciante como el pequeño comerciante pueden ser asociantes en un contrato de stille gesellschaft. En cuanto al asociado que en Alemania se conoce como "socio en participación" no es necesario que sea comerciante, sino que al igual que en la mayoría de los países puede ser cualquier persona. Tanto para asociante como para asociado se aplican los lineamientos generales sobre capacidad para llevar a cabo los actos a que se refiere la asociación en participación y desde luego los dos deben contar con la capacidad para obligarse en los términos del contrato.

Respecto a las condiciones de forma que se requieren para la celebración del contrato, ya hemos dicho que se permite cualquier forma, por lo que ni siquiera se exige la elaboración de un documento escrito. El código de comercio de 1861, eximía expresamente a las partes de cualquier requisito de forma o publicidad, tendencia que abandonó la legislación actual pero que se sobre-entiende por no ser requerida a diferencia de lo que ocurre para las sociedades comerciales.

Si acaso llegara a necesitarse de alguna formalidad legal, ésta tendrá lugar como consecuencia de la entrega de la aportación al propietario del negocio, ya que como analizaremos, es imperativo que las aportaciones pasen a acrecentar el patrimonio del asociante. Desde luego esta formalidad dependerá del tipo de aportación que se entregue.

En cuanto a las especies de stille gesellschaft que pueden darse, en Alemania se coincide con la concepción universal de ser ocasional o momentánea, temporal o bien permanente. Es decir que puede referirse a la totalidad del negocio comercial que dirige el asociante, o a una o unas operaciones del mismo. El artículo 132 de código (aplicable en virtud del 339), acepta que se celebre con duración indefinida, asimismo puede tener un plazo previsto o bien establecerse que durará hasta la terminación de un negocio determinado.

No obstante que el artículo 335 citado con anterioridad, parece exigir la previa existencia del negocio, objeto del contrato, consideramos que no se contraría la ley si el contrato se refiere a un negocio que todavía no existe sino que se va a iniciar, y en cambio se permite de esta manera, contar con la flexibilidad y el dinamismo que se requiere en las operaciones mercantiles.

También es posible que el negocio a que se refiera la asociación en participación, consista en una especie determinada del objeto social de alguna o algunas sociedades plenamente establecidas, pero que para esa operación específica se recurra a la celebración de este contrato. Por ejemplo, es muy común cuando se trata de cumplir con otro contrato de extraordinaria cuantía, o bien entre los bancos para otorgar un préstamo sindicado.(11).

11.- Karl Heinsheimer, op. cit. p. 95

3.4.3. CARACTERES JURIDICOS DE LA SOCIEDAD TACITA ALEMANA.

3.4.3.1. PERSONALIDAD JURIDICA,

Resalta el hecho de que la reglamentación alemana, a diferencia de otros países, no niega expresamente la personalidad jurídica a la sociedad tácita. Sin embargo es evidente, y la misma doctrina alemana ha establecido como en todos los países, que la "Stillegesellschaft" no goza de personalidad jurídica.

El carácter esencial de la sociedad tácita, si se acepta como sociedad, es que es oculta, de tal manera que es una sociedad sin eficacia ante terceros y que como tal, solo crea derechos y obligaciones entre las partes que celebran el contrato de asociación en participación, por lo que se trata únicamente de una relación interna, que permanece desconocida para los extraños a ella. Así lo establece el artículo 335 del código de comercio, al decir que el propietario del negocio "...será el único que por los negocios que realice en su tráfico adquirirá obligaciones y derechos". Posteriormente el artículo 340 dice que "...los negocios pendientes el día de la liquidación se ultimarán por el referido propietario..." lo que confirma que ante los terceros el socio en participación no tiene relación alguna, y que no puede inmiscuirse en la administración del negocio ni en el desarrollo del mismo, puesto que, como veremos, su derecho se limita a la información y revisión de las actividades del otro.

En verdad la falta de personalidad jurídica en la sociedad tácita, es obvia puesto que es incompatible con el régimen de la misma. Por lo mismo no tiene los atributos de la personalidad como nombre, patrimonio o domicilio, y carece de representante y de deudas sociales, además de no exigírsele ni publicidad ni registro. (12)

Finalmente debemos agregar un hecho notorio del código de comercio alemán, porque tratándose de personalidad jurídica, solo la confiere expresamente a la sociedad anónima al disponer que "la sociedad anónima tiene como tal personalidad propia, deberes y derechos..."(13), y aunque para la sociedad en comandita por acciones le es aplicable en virtud del artículo 320, no existe disposición alguna que se le parezca tratándose de las sociedades colectiva, comandita simple ni de la asociación en participación. No obstante lo anterior resulta evidente a lo largo del libro segundo del código, que las sociedades comandita simple y colectiva sí gozan de personería, mientras -- que la sociedad tácita no la tendrá nunca.

12.- Karl Heinsheimer, op. cit. pag. 120

13.- Art. 210 Código de Comercio.

3.4.3.2; LOS APORTES

La propiedad de las aportaciones, siempre será transferida al titular del negocio comercial y no será válido el pacto en contrario, ya que la transferencia es impuesta por la ley (14). Por lo tanto no existe un patrimonio común ni un fondo social sino que el único dueño de los bienes que se manejen en la sociedad tácita será, ante propios y extraños, el titular de la negociación responsable de la operación que se lleve a cabo. Empero el propietario del negocio se constituye en deudor del asociado por el importe en numerario de la aportación que reciba según se desprende del artículo 340 al disponer que "una vez disuelta la sociedad, el propietario del comercio liquidará con el socio en participación, abonándole en metálico el importe de la misma..."

A pesar de que la ley establece que la restitución de la aportación debe ser en "metálico" creemos que sería válida la restitución en especie si es que es aceptada por el asociado, independientemente del tipo de aportación que haya efectuado, la cual puede consistir en numerario o en especie, incluso consideramos aceptable que la aportación pueda consistir en la cesión de algún derecho.

El tiempo de entrega de la aportación debe ir seguido de la transferencia de la propiedad, debe ser pactado por las partes y en caso de que no se hubiere estipulado la fecha de entrega creemos que debe efectuarse inmediatamente después del primer requerimiento por parte del asociante.

Desde luego que en la sociedad tácita, como tal, no pueden emitirse acciones, ni las aportaciones pueden estar representadas por títulos cedibles o negociables, de tal manera que la única forma de allegarse recursos es la de celebrar otra asociación en participación, o aumentarse las aportaciones con la consiguiente modificación del contrato.

Igualmente la relación entre las partes, es intransmisible a menos que otra cosa se hubiere pactado o que se cuente con el consentimiento del otro.

14.- Art. 335 del Co. Comercio transcrito con anterioridad.

3.4.4. FUNCIONAMIENTO DE LA SOCIEDAD TACITA Y SU DISOLUCION.

Tanto por la concepción de la institución como por las disposiciones del código, la administración y desarrollo de la sociedad le corresponde al asociante, propietario del negocio comercial, y al asociado socio en participación le está vedado tener ingerencia en la actividad que se desarrolla como objeto de la sociedad.

Atinadamente se ha dicho que "La asociación de cuentas en participación no entraña, por regla general, consecuencia jurídica alguna con relación a tercero; por el contrario, se desenvuelve en relaciones de naturaleza contractual con el propietario del negocio."(15)

Por ello el propietario debe poner el máximo cuidado en su actitud, con objeto de obtener las mayores ganancias posibles y debe mantener siempre en mente que no obstante tratarse del negocio propio, existe un tercero (asociado) para con el cual está obligado en los términos de la convención, del camino que lleve la negociación. Incluso la doctrina interpreta que el asociante no puede sin consentimiento del participante realizar operaciones ajenas al género de las que realiza el establecimiento, ni alterar el objeto del mismo. Se considera además lícita la cláusula por la que el dueño deba obtener el consentimiento del asociado para ciertas operaciones importantes las cuales deben estar determinadas de alguna manera. (16)

Así pues, el único responsable ante terceros es el asociante, solamente él tiene derechos y obligaciones con éstos por lo que no puede actuar en nombre de la sociedad, sino que debe hacerlo exclusivamente en el suyo propio y sin más crédito que el personal. A su vez el asociado o socio en participación no debe relacionarse con terceros so pena de responder ilimitadamente por las operaciones que realice.

Puede suceder que los acreedores puedan accionar contra el socio en participación, pero para ello, será necesaria una previa cesión de derechos del asociante por la parte que todavía no hubiere aportado el asociado, caso en el cual el socio en participación no responderá ante los acreedores como asociado sino como deudor ordinario, pudiendo oponer todas las excepciones personales que procedan.

15.- Karl Heinsheimer, op. cit. p. 120 y 121.

16.- Solá de Cañizares, op. cit. p. 39 y bibliografía que cita.

Se acepta que el propietario del negocio, otorgue al socio en participación un mandato para ciertos actos de la sociedad y de esta manera el tercero se relacionará con el asociado, pero éste debe cuidarse bien de no actuar en nombre propio ni en nombre de la sociedad sino por cuenta y orden del propietario del negocio, ya que si existe una "publicidad" de la asociación en participación que tienda a hacer que los terceros contratan con el dueño, el socio en participación será responsable de aquéllas operaciones que por dicho motivo se concerten. (17)

Al socio en participación no se le permite intervenir en la gestión, pero a cambio de ello se le otorga el derecho de fiscalización que consiste en exigir "copia del balance anual y comprobar su exactitud examinando los libros y papeles"(18), además puede solicitar al tribunal en cualquier tiempo que ordene la elaboración de un balance o la exhibición de los libros y documentos sociales o cualquier otra aclaración si existen motivos fundados para ello (19). De la misma manera podrá reclamar al final de cada ejercicio que se le rinda cuenta de los negocios de ese período, que se le abone lo que le corresponda y que se le informe del estado de los asuntos pendientes a la fecha (20).

Desde luego que el grado de fiscalización de que gozará el socio en participación puede ser más riguroso y así se puede establecer en la convención, por ejemplo la obligación del propietario de rendir cuentas mensualmente, pero si las partes no lo han pactado el asociado solo podrá conformarse con lo que la ley le otorga. También se considera válida la estipulación que reduzca la fiscalización del asociado, pero la doctrina no acepta que se pueda renunciar por anticipado al derecho de solicitar al tribunal la fiscalización extraordinaria, incluso se ha señalado que una cláusula de ese tipo debe considerarse nula.(21)

El propietario de la negociación comercial, o titular de las operaciones mercantiles objeto de la sociedad tácita, tiene la obligación de no distraer para otros fines la aportación recibida y de cumplir su cometido con la responsabilidad y seriedad de un gerente, así como de entregar al socio en participación las ganancias que le correspondan.

Por su parte el socio en participación tiene como obligaciones primordiales

17.- Gilles, citado por Solá de C. op. cit. p. 38

18.- Art. 338 Co. Comercio

19.- ídem.

20.- Art. 340 Co. Comercio.

21.- Gilles, citado por Solá de C. op. cit. p. 40

la de entregar su aportación en los términos convenidos, la de no intervenir en la gestión del negocio y la de soportar las pérdidas que le correspondan. Ambos deberán mantener en secreto la existencia de la sociedad y deberán observar los demás pactos del contrato.

En cuanto al reparto de pérdidas y ganancias, como en todos los países deberá atender a lo establecido por las partes al momento de la celebración del contrato, al socio en participación nunca podrá privársele de las ganancias, según lo dispone el artículo 336 del código, pero en cambio en el mismo artículo, se acepta que contractualmente sea excluido de las pérdidas, en caso en el cual "...la asociación de cuentas en participación está muy cerca de convertirse en un préstamo, con participación, por parte del prestamista, en las utilidades de la explotación..."(22)

Si por el contrario, el contrato es omiso en cuanto a la participación que le corresponde al asociado tanto en pérdidas como en ganancias, la ley dice que "se entenderá la que se acomode a las circunstancias"(23) Es decir que debe ser proporcional a la aportación.

En cuanto al tiempo de hacerse la distribución del resultado, si el contrato no expresa otra cosa, la ley impone al propietario la obligación de liquidar al asociado su parte correspondiente al finalizar cada año comercial. Y agrega que las ganancias que no sean retiradas por el socio en participación no aumentarán el importe de la aportación a no ser que otra cosa se hubiese estipulado. Del mismo modo se establece que el socio participante no está obligado a devolver ganancias ya recibidas, para compensar pérdidas posteriores, pero que si su aportación se ve disminuida por las pérdidas sufridas, el monto de las ganancias anuales se destinará a cubrir el importe de las mismas. (24)

El segundo párrafo del artículo 357 dispone que el socio en participación "sólo participará de las pérdidas en proporción a sus aportaciones hechas o por hacer", lo que ha sido interpretado por la doctrina alemana en el sentido de que su responsabilidad está limitada a la cuantía de sus aportes, concepción que coincide con lo dispuesto por el artículo 258 de nuestra Ley General de Sociedades Mercantiles.

En Alemania, puesto que son solo las partes contratantes no es posible hablar de una disolución o disolución parcial, porque cuando un socio deja de serlo, se produce necesariamente la extinción de la relación jurídica.

22.- Karl Heinsheimer, op. cit. p. 121

23.- art. 336 Co. Comercio.

24.- art. 357 Co. Comercio.

Como hemos visto en otros países, la muerte del socio en participación es causa de disolución del contrato, pero esto no sucede en Alemania al establecerlo así el artículo 339 del código, pero se dice que esta disposición no es obligatoria para las partes, por lo que se acepta el pacto en contrario. En cambio la muerte del gestor o propietario del negocio, sí ocasiona la terminación de la sociedad, por aplicación del artículo 727 del código civil alemán. (25)

También se puede disolver la sociedad tácita por denuncia del contrato, siempre que sea justificada por un motivo grave y sin esperar plazo alguno. Según lo establece el artículo 723 del Código civil, aplicable en virtud del 339 del de comercio, el derecho de pedir la rescisión del contrato por causa grave en cualquier tiempo es irrenunciable.

Si la sociedad es por tiempo indeterminado, voluntariamente cualquiera de las partes y sin consentimiento de la otra, puede pedir la terminación del contrato, siempre y cuando esa terminación cause efectos al final del año mercantil y el aviso sea dado con seis meses de anticipación a la fecha. (26)

Se prevee también la rescisión del contrato solicitada por un tercero. En este caso el tercero deberá ser acreedor de alguna de las partes y no haber obtenido resultado favorable en seis meses contra la fortuna de aquél, siempre que haya encaminado su acción a lograr retención y embargo de lo que al socio pudiera corresponder en la disolución de la sociedad. También aquí la rescisión surtirá efectos al final del año mercantil y se debe pedir con seis meses de anticipación. Pensamos que en este caso el socio debe ser el socio en participación. (27)

Otras causas de terminación son la expiración del plazo, la realización o la imposibilidad de realización del objeto, el mutuo consentimiento y la quiebra del propietario del negocio, situación en la que se deberá observar lo dispuesto por la ley de quiebras.

Al momento de disolverse la sociedad, el socio en participación se convierte en acreedor del propietario del negocio por el monto de su aportación una vez deducidas las pérdidas y se procederá entonces a la liquidación definitiva.

25.- Solá de C. op. cit. p. 40

26.- Art. 132 Co. Comercio, aplicable por el 339

27.- Art. 135 Co. Comercio, aplicable por el 339

3.5. EN ARGENTINA

3.5.1. INTRODUCCION

Siguiendo la corriente francesa, la legislación argentina califica lo que para nosotros es el contrato de asociación en participación, como una sociedad, la "sociedad accidental" o "sociedad en participación".

Pero a diferencia de los titubeos de los franceses, para considerarla sistemáticamente como sociedad, es de notarse la uniformidad que al respecto existe en Argentina. Se encuentra reglamentada dentro del título III del libro segundo del código de comercio, titulado "de las compañías o sociedades", y regulada junto a las demás sociedades ocupa la totalidad del capítulo VII, del título mencionado abarcando del artículo 395 al 402 del código, bajo el rubro denominado "de las sociedades accidentales o en participación".

Esta uniformidad del código argentino, para considerarle como sociedad, determina su naturaleza jurídica, de la cual no hay duda. En Argentina la asociación en participación es una sociedad. Así lo califica la ley(1), lo fortalece la jurisprudencia(2) y lo defiende la doctrina(3).

Desde luego que la característica de sociedad, distingue enormemente este contrato en relación con lo que hemos analizado para otros países como México, Italia, España, etc. y tal característica trae consigo una reglamentación y concepción doctrinaria distintas también, aún en relación con la misma Francia, como lo habremos de ver. Pero es necesario señalar que esta tendencia en Argentina no es nueva, sino que ya venía desde la redacción original del código de comercio de 1862 y que se mantuvo en los diversos proyectos hasta que el actual código de comercio argentino fue sancionado en 1889 para tomar la configuración que hoy conocemos.

Se desprende de lo apuntado que la denominación legal y doctrinal que recibe es la misma, y se utilizan indistintamente las expresiones de sociedad accidental o sociedad en participación, para referirse a ella, pero al amparo del artículo 395 creemos más acertado llamarle sociedad en participación ya que la "accidentalidad" de la misma es más bien un requisito que debe satisfacer.

El artículo 395 dice que "la sociedad en participación es la reunión accidental de dos o más personas, para una o más operaciones de comercio, determinadas y transitorias trabajando uno, algunos o todos en su nombre individual solamente, sin firma social y sin fijación de domicilio."

1.- Artículo 395 Co. Comercio.

2.- Citada por Malagarriga op. cit. p. 322.

3.- Mario A. Rivarola op. cit. p. 345 y 346, también Malagarriga op. cit. p. 321, 322 y autores que cita

El artículo transcrito nos proporciona el objeto de la sociedad en participación. En primer término el objeto social sólo puede referirse al campo -- mercantil, ya que únicamente son aceptadas "operaciones de comercio. En segundo lugar, toda vez que la operación o las operaciones que constituyan el objeto de la sociedad deben revestir la condición de acto o actos de comercio, no significa que pueda constituirse para la explotación del comercio -- en general, o para la explotación de una rama determinada del comercio que necesariamente debe ser permanente, sino que debe respetarse la disposición legal que limita el objeto social a operaciones "determinadas y transitorias".

Queda pues fuera del objeto de la sociedad, el ejercicio del comercio, o -- una rama específica del comercio, inclusive hay quien deja fuera de la sociedad en participación un negocio con término de duración prefijado(4) y -- los negocios de prolongada duración(5).

En contra de esto último, se arguye que un negocio puede ser accidental y -- prolongarse indefinidamente, y que lo que en realidad excluye la ley es la "sociedad sin género o géneros determinados de comercio" por lo que también es aceptable la sociedad con un término prefijado(6).

En este sentido el artículo 396 agrega que la sociedad puede referirse a -- "una o más operaciones comerciales", sin insistir de nuevo en la transitoriedad, por lo que nos parece acertada la opinión de que lo esencial es que el objeto de la sociedad no sea el ejercicio de un ramo o ramos determinados -- del comercio. Hacerlo así implica una situación de hecho que ya se ha presentado en la Argentina y que por fallo del 31 de mayo de 1943 se resolvió que no existe sociedad en participación sino sociedad colectiva, con la con siguiente responsabilidad subsidiaria, solidaria e ilimitada.

Del mismo artículo 395 obtenemos el elemento personal de la sociedad y la -- capacidad de las partes. En el viejo código de 1862, el artículo 444 se refería a la "reunión accidental de dos o más comerciantes" y en el artículo 447 (desaparecido en 1889) se aceptaba que una de las partes fuera no comercian te, pero en ese caso la gestión de las operaciones comerciales le estaba ve dada.

La actual redacción del código dice que la sociedad en participación puede ser celebrada entre "dos o más personas" y ya no se refiere a comerciantes, lo que originó la desaparición del artículo 447, ampliándose así el concepto y alcance de la sociedad, por no haber ya distinción de calidad. Además nos encontramos ante una mejor técnica jurídica ya que si la sociedad en -- participación se constituye para una o más operaciones de comercio, es irrelevante para la ley, que quien las celebre sea o no comerciante puesto que

4.- Rivarola, op.cit. p. 349.

5.- Obarrio, citado por Felipe Solá de C., op. cit. p. 61 y citado por Malagarriga, op. cit. p. 323.

6.- Malagarriga, op. cit. p. 323

de acuerdo con el artículo 60. del código de comercio, quien efectúa un acto de comercio, queda sometido a las leyes y jurisdicción mercantiles,

Entonces no se requiere capacidad especial para ser parte y socio de una sociedad en participación, y pueden serlo tanto personas físicas como personas morales, lo anterior desde luego, sin perjuicio de que el socio o socios con tratantes con terceros, y los mismos terceros deben tener la capacidad para las operaciones que realizan.

Respecto a la denominación que reciben las partes, la doctrina argentina analiza los términos de "asociante y asociado", así como los de "socio ostensible y socio no ostensible" proporcionados por su código civil, pero ambos pares de denominaciones son rechazados.

Se argumenta que el término "asociado" comprende siempre a todas las personas que forman parte de una asociación lo que, debemos reconocer, es cierto. Y por lo que hace a las denominaciones del código civil, se dice que no se adaptan a las características de la sociedad en participación, porque "socio ostensible" es también aquel que únicamente presta su nombre, situación que no se presenta en la sociedad en participación porque cada socio actúa solamente en su propio nombre; y que "socio no ostensible" puede serlo el de cualquier sociedad cuya duración está determinada por un plazo cierto o incierto y no por la realización de un objeto como sucede en la sociedad en participación.

En fin que la doctrina prefiere utilizar la expresión de "socio gestor", con templada por el artículo 401 del código de comercio, para el que conduzca la operación o dé su nombre en la negociación (artículo 398), y que sería el asociante para nosotros; y la expresión de "socio participante" (el artículo 399 se refiere genericamente a los "participes") para designar al socio que no aparece ante los terceros y que no interviene en el desarrollo de las operaciones, que vendría siendo lo que nosotros conocemos como el asociado. (7)

7.- Rivarola, op. cit. p. 353

3.5.2. CONDICIONES DE VALIDEZ

Los términos en que se desarrolle la sociedad, así como los requisitos que deben cumplir las partes, están contemplados por la ley en dos artículos. El artículo 396 dispone que "la sociedad en Participación o Accidental puede ser realitativa a una o más operaciones comerciales y tiene lugar acerca de los objetos, con las formas, bajo la proporción de intereses y con las condiciones que estipulen los interesados".

Esta disposición debe correlacionar con la siguiente que establece que "estas sociedades no están sujetas a las formalidades prescritas para la formación de las otras sociedades y se pueden probar por todos los géneros de prueba admitidos para los contratos comerciales" (8).

Debido a la libertad de forma que otorga la ley en concordancia con la mayoría de las legislaciones (México y Guatemala son excepciones) la sociedad en participación es totalmente consensual y aunque no se requiere que se por escrito, ningún obstáculo existe para que así pueda celebrarse, dado los convenientes que tiene el recurrir a la escritura.

Además siguiendo la tendencia mundial, Argentina le exige de las formalidades de publicidad y registro según el artículo 397 transcrito con anterioridad. Incluso como lo habíamos señalado, hay quien opina que el registro no sólo no es exigible en Argentina, sino que es imposible, ya que el registrador debe rechazar cualquier solicitud de este tipo, al amparo del artículo 36 del código, que excluye las escrituras de las sociedades en participación de los documentos cuya inscripción "pertenece" al registro. (9)

Esta libertad que tienen las partes para la celebración de la sociedad, se esgrime como una de las principales ventajas que ofrece nuestra institución, en relación con las demás sociedades y se adapta más a las urgentes necesidades que presenta la vida comercial. (10)

Consecuencia de la total ausencia de formalidades con que cuenta la sociedad, la segunda parte del artículo 397, permite probar la existencia de la misma por todos los medios legales de prueba, que se encuentran contemplados en el artículo 208 y desde luego con las limitaciones del artículo 209 del código.

Por lo anterior y de conformidad con el artículo 208, la sociedad en partici

8.- Artículo 397 Código de Comercio.

9.- Carlos C. Malagarriga, op. cit. p. 324.

10.- Idem.

pación puede ser probada por:

- 1.- Instrumentos públicos.
- 2.- Por las notas de los corredores y los certificados extraídos de sus libros.
- 3.- Por documentos privados. Documentos que pueden ser elaborados por los contratantes o por algún testigo a su ruego y en su nombre.
- 4.- Por correspondencia, (cartas o telegramas)
- 5.- Por los libros de los comerciantes y las facturas aceptadas.
- 6.- Por confesión y
- 7.- Por testigos.

En el último caso, el de los testigos, el artículo 209 establece una limitación, en el sentido de que la prueba testimonial para ser válida debe acompañarse de una prueba por escrito cuando el valor a que se refiere exceda de "doscientos pesos fuertes". Pero los "pesos fuertes" desaparecieron en 1881 y el código se aprobó en 1889.

Como en las partes anteriores, sobra decir que los contratantes están obligados a satisfacer las formalidades inherentes a los actos que, por virtud de la sociedad en participación realicen tales como los relativos a las aportaciones.

3.5.3. SUS CLASES

La corriente, en la doctrina francesa moderna, es la de considerar a la asociación en participación como una sociedad, y como hemos visto, Argentina -- (y otros países latinoamericanos como Brasil y Uruguay), ha aceptado dicha tendencia. Como lo señalamos en su oportunidad, en Francia existe una tradición de momentaneidad, de temporalidad, en cuanto a la duración que debe tener esta figura, tradición por cierto, que Bélgica adoptó en su reciente -- ley de 1935 y que llevó al extremo de diferenciar entre la asociación en -- participación y la asociación momentánea, situación ya superada en el código alemán.

Pues bien, esta tradición de momentaneidad francesa, que va perdiendo auge, no sólo existe también en Argentina sino que es todavía más fuerte, en base a lo dispuesto por el artículo 395 que aparentemente obliga a que toda sociedad en participación se refiera solamente a una o unas operaciones determinadas y transitorias, de comercio.

Hechas las consideraciones pertinentes en cuanto al objeto de la sociedad -- (que siempre será mercantil) no nos cabe la menor duda, de que en Argentina a diferencia de España, Italia o México no es permitida una sociedad en participación con carácter permanente.

De este modo y en relación a la clasificación que hemos venido utilizando, -- por la duración de la sociedad, sólo existen en Argentina dos opciones para celebrarla; la momentánea, referida a una sola operación de comercio y la -- temporal relativa a varias.

Otra gran similitud con la reglamentación y concepción francesa, es que en Argentina también se acepta que exista una pluralidad, no sólo de socios -- participantes (asociados) sino también y "ab origine" de socios gestores -- (asociantes), modalidad que, como mencionamos no parece ser permisible por nuestra legislación mexicana. En este sentido y atendiendo al número de personas que le dan vida a la figura, podemos decir que la sociedad en participación puede ser singular cuando existe un solo socio gestor y un solo socio participante; o bien multilateral, con varios socios de ambas calidades, o con pluralidad de socios gestores o pluralidad de socios participantes.

En cambio, a diferencia de lo que estudiamos en Italia, no se acepta en Argentina una sociedad en participación por la que el socio participante no efectúe aportación alguna. De conformidad con la ley argentina es nula la sociedad "cuando alguno de los contratantes no aporte a la sociedad obligaciones de dar o hacer, y sólo concorra con su crédito o influencia, aunque se obligue a contribuir a las pérdidas si las hubiere"(11). Y de la misma --

11.- Rivarola, op. cit. p. 355.

manera por disposición legal es nula la sociedad si en ella se exime a alguno de los socios a contribuir en las pérdidas.

3.5.4. CARACTERES JURIDICOS DE LA SOCIEDAD EN PARTICIPACION ARGENTINA

Resulta de inmediato el hecho de que en la Argentina es una sociedad, tan - sociedad como la anónima o la de responsabilidad limitada. Del mismo modo - es de observarse que tiene la peculiaridad de no poder utilizarse para gran des empresas permanentes.

El hecho de que se trate de una sociedad, presenta consecuencias lógicas en su caracterización y reglamentación jurídica tales como el contar con patri monio social, el habersele otorgado en la doctrina y en la jurisprudencia - una "personalidad ideal" y curiosamente el carecer de nombre y domicilio.

3.5.4.1. CARACTER OCULTO, AUSENCIA DE PERSONALIDAD Y PERSONALIDAD IDEAL

Producto de la ausencia de formalidades para su constitución y de la falta de relaciones entre los terceros y los socios participantes, no se duda del carácter oculto de la institución. Por lo mismo el artículo 395 del código de comercio menciona que el socio gestor actúa solamente en su nombre pro- pio.

Por otra parte, otro de los caracteres comunes a las demás sociedades mer- cantiles, es el hecho de que por el acto de constitución, se crea una nueva persona jurídica, un sujeto de derecho, distinto e independiente de las per sonas de los socios, situación que no se presenta en la sociedad en partici pación argentina, por la ley no sólo no le reconoce personalidad jurídica - sino que además le niega expresamente los atributos de nombre y domicilio - de que gozan las personas.

Por lo mismo la sociedad en participación no se exterioriza ante terceros - y no puede por sí misma contraer obligaciones o adquirir derechos. "Los que contratan con la persona que da su nombre en la negociación, sólo tienen ac ción contra él y no contra los demás interesados aún cuando el negocio se - hubiere convertido en su provecho, ni aún por la parte que les correspondie se en la sociedad. Estos tampoco tienen acción contra el tercero que trata con el socio que dirigió la operación a no ser que mediare cesión de dere- chos".(12)

12.- Artículo 398 Código de Comercio.

Dado lo anterior, estamos seguros de que esta sociedad carece de personalidad jurídica, pero esta idea no parece ser absoluta, ni tener el mismo significado en la Argentina que en otras legislaciones. Al amparo de que existe una concurrencia de aportaciones, que no son propiedad exclusiva de uno de los socios y que no están entregados en copropiedad sino que constituyen (como veremos), un verdadero fondo social con efectos internos más no externos, se argumenta que no se puede deducir que falte totalmente la sociedad, la cual "si bien no existe para los terceros, existe para los socios en las relaciones que ellos mismos contraen con la sociedad, ya sea al distribuir entre sí la solidaridad en que pueden incurrir, por responsabilizarse todos los fondos sociales por los actos del socio contratante o en las relaciones que se establecen por la liquidación de la sociedad. Es pues una sociedad - que no existe respecto de quienes contratan con ella, pero que existe en -- las relaciones de la sociedad con los propios socios". (13)

Otra parte de la doctrina agrega que "para que exista sociedad y por consiguiente, para que surja un sujeto de derecho independiente de la personalidad de los que concurren a constituirla, basta que se presenten en el caso tres elementos consabidos, o sea la formación de un fondo común, mediante - aportes también comunes, participación en los resultados de la actividad a desarrollar y reconocimiento recíproco de la condición de socios. Pues bien, estos tres elementos se hallan reunidos en la entidad de que tratamos. A -- los fondos sociales alude el artículo 400; a la participación en los resultados, el 396 y al reconocimiento mutuo de la condición de socios", y añade que ciertamente la existencia de la sociedad generalmente es desconocida para los terceros, pero que la misma ley en los artículos 399 y 400 prevee el caso contrario. (14)

Sobre el particular, nos convence la idea de que, el sentido que se le debe dar a la noción de persona jurídica tiene sus verdaderos efectos en el aspecto externo de la institución y en sus relaciones con terceros ajenos al pacto social y que carece de relevancia en su faz interna, por lo que no -- obstante la argumentación en contra, debemos negar la personalidad jurídica a la sociedad en participación argentina en la que, ante los terceros única mente existe la responsabilidad personal del que con ellos contrata. (15)

A pesar de ello en 1917, la cámara de apelación en lo comercial de Buenos - Aires falló reconociendo a la sociedad en participación el carácter de "persona ideal" considerando que la existencia de esa "persona ideal" no la admite la ley con respecto a terceros sino únicamente con relación a los socios que la forman.

13.- Mario A. Rivarola, op. cit. p. 352

14.- Malagarriga, op. cit. p. 321 y 322

15.- Solá de Cañizares, op. cit. p. 63 y 64.

3.5.4.2. LAS APORTACIONES Y EL FONDO COMUN

Las aportaciones de los socios en la sociedad en participación pueden consistir en cualquier clase de bienes, pero como señalamos, cuando alguno de los socios no contrae obligaciones de dar o hacer, la sociedad es nula, Por lo mismo también es aceptado como aportación, el trabajo personal de un socio.

El conjunto de las aportaciones entregadas o comprometidas por los socios, a diferencia de la reglamentación extranjera, no pasa a ser propiedad del socio gestor, ni tampoco a ser copropiedad de todos o a continuar siendo propiedad individual, sino que pasa a constituir un fondo social que se identifica con el patrimonio de la sociedad.

Se dice que no procede en Argentina la discusión acerca del régimen jurídico de las aportaciones puesto que dada la supletoriedad del derecho civil, el artículo 1702 de este ordenamiento, es suficientemente claro al disponer que es la sociedad y nos los socios, la que tiene el dominio de los bienes pero no habiéndose expresado de esta manera, los bienes aportados por los socios se juzgan transferidos en propiedad a la sociedad. (16)

Lo anterior nos parece adecuado pero, en primer término se deberá atender a las estipulaciones de las partes por las que desde luego cabe el pacto de reserva de dominio. La ley argentina ciertamente habla de "fondos sociales" en el artículo 401 pero debe entenderse sólo con efectos ante los propios socios y no frente a terceros. Esta opinión es la que prevalece en la doctrina y en la jurisprudencia. (17)

Así pues la sociedad en participación tiene un capital constituido por el total de las aportaciones de los socios, capital que sirve de garantía a los terceros para asegurarles el respaldo que sus operaciones requieren cuando desconoce la existencia de la sociedad, quienes pueden suponer que el fondo social es propiedad del socio gestor con quien contrata. En efecto, el código dispone que "el socio contratante responsabiliza (entiendase "compromete") todos los fondos sociales, aunque sea por obligaciones personales, si el tercero con quien contrató ignoraba la existencia de la sociedad; salvo el derecho de los socios perjudicados contra el socio contratante". (18)

La disposición anterior nos parece muy importante en cuanto al régimen de las aportaciones, porque como hemos visto en la mayoría de las legislaciones, la regla es que los aportes pasen a ser propiedad del socio gestor (asocian-

16.- Artículo 1703 Código Civil

17.- Solá de Cañizares, op. cit. p. 64

18.- Artículo 400 Código de Comercio.

te), lo que permite acrecentar su solidez financiera y en virtud del artículo transcrito se logra dicho efecto por el cual el socio gestor (contratante) dispone, de hecho, de los fondos sociales con una gran diferencia en lo que sucede en otros países, porque aquí es posible que dichas aportaciones sean utilizadas para obligaciones personales que pueden estar fuera del objeto social, posibilidad rechazada totalmente por el derecho extranjero en el que el contratante no puede destinar las aportaciones a un objeto distinto del convenido en el contrato.

Desde luego para ese supuesto, queda a salvo el derecho de los socios perjudicados para repetir contra el socio gestor. Además esta hipótesis tiene -- gran relación con lo establecido en el artículo siguiente por el que "en caso de quiebra del socio gestor, es lícito al tercero con quien hubiese contratado saldar todas las cuentas que con él tuviese, aunque estén abiertas bajo distintas designaciones, con los fondos pertenecientes a cualquiera de esas cuentas.

No podrán impedirlo los demás socios aunque muestren que aquellos fondos -- les pertenecen exclusivamente, siempre que no prueben que el referido tercero tenía conocimiento antes de la quiebra, de la existencia de la sociedad en cuenta de participación." (19)

Es decir que si los socios comprueban que el tercero antes de la quiebra, -- sabía de la existencia de la sociedad en participación, pueden impedir al -- tercero que salde sus cuentas en la forma establecida en el primer párrafo del artículo señalado.

A pesar de ser sociedad, su naturaleza jurídica le impide allegarse fondos a través de la emisión de Acciones o Bonos, y por aplicación del artículo 418 del código de comercio relativo a las sociedades de personas en forma -- general, la doctrina ha aceptado que para la transmisión de las participaciones se exija el consentimiento expreso de los otros socios, pero curiosamente, ese consentimiento no se pide por escrito. (20)

18.- Artículo 400 Código de Comercio.

19.- Artículo 401 Código de Comercio.

20.- Solá de Cañizares, op. cit. p. 65

3.5.5. FUNCIONAMIENTO DE LA SOCIEDAD Y SU DISOLUCION

La ley argentina, acorde con la corriente extranjera, le da a la convención de las partes el valor que se merece y les permite toda suerte de estipulaciones al decir en el artículo 396 que "tiene lugar acerca de los objetos - con las formas, bajo la proporción de intereses y con las condiciones que estipulen los interesados". De esta manera las normas que deberán observarse son las contenidas en el pacto de los contrayentes, y dependerá de los términos del contrato la forma en cómo se desarrolle y funcione la sociedad.

Obviamente las partes no podrán convenir lo que no les esté permitido por la ley y tampoco podrán contradecir las normas de orden público que contiene el código, y a él se recurre en caso de que las partes no hubieren estipulado algo o haya conflicto, así la gestión del negocio incumbe según el artículo 395 al socio gestor, que puede ser único, plural o bien concurrir todos los socios a la administración de las operaciones comerciales. Es de la esencia de la sociedad actuar sin forma social y sin fijación de domicilio, y quien gestiona la actividad, lo hace en su propio nombre siendo el único conocido y responsable frente al tercero con quien contrata.

En la práctica la regla es que el socio sea uno solo y por excepción varios, pero nunca que todos los socios sean a la vez socios gestores, situación -- que si se presenta, es perfectamente válida. (21)

El código de comercio argentino ha previsto para la pluralidad de gestores que "si los socios hicieran en común los contrato con terceros sin expresar la participación que cada uno toma, quedan todos solidariamente obligados, aunque sus partes en la sociedad sean diversas y separadas.

Si uno o más de las partícipes contrajera la obligación haciendo conocer -- los nombres de los otros y con asentimiento de éstos, quedan todos solidariamente obligados." (22)

Es decir que se admite la posibilidad de que al contratar en común, informando sobre el monto que a cada uno le corresponde en la participación evitando así la responsabilidad solidaria, con lo cual el tercero ya sabría si es o no conveniente el riesgo.

Por otra parte si un socio al actuar lo hace en nombre propio y el de los demás con consentimiento de éstos, no pueden evitar la solidaridad ni aún -

21.- Malagarriga, op. cit. p. 325.

22.- Artículo 399 Código de Comercio.

cuando se hubiese expresado su participación, pero se admite también que los coparticipantes estipulen al momento de la convención que no responderán solidariamente, lo cual consideramos que sólo tendrá efectos internos y que -- permitirá repetir contra el socio responsable. De cualquier manera es necesario tener en cuenta que la disposición del artículo 400 es de observancia -- obligatoria, en el sentido de que la actividad del socio gestor siempre estará respaldada por los fondos sociales, cuando el tercero actúa de buena fe -- ignorando la existencia de la sociedad, situación común y corriente en la -- práctica, dado el carácter oculto de la institución que nos ocupa.

Atinadamente Rivarola (23), al analizar el artículo 399 ya reproducido, efectúa diversas observaciones, resaltando el hecho de que en la primera hipótesis al contratar varios socios les impone la responsabilidad solidaria, pero cuando la ley dice "quedan todos solidariamente obligados", ese "todos" sólo puede referirse a los que han contratado, excluyéndose definitivamente a los socios que no intervinieron.

De esta manera en las relaciones con terceros, por regla general, es con el sociogestor con el único con quien se establece una vinculación directa. En virtud del artículo 398 los terceros no tienen relación alguna con los socios participantes, ni éstos contra aquéllos, a no ser que mediare cesión de derechos, sin embargo debe observarse que de ser necesario, se podrá recurrir al ejercicio de la acción oblicua cuando se cumplan sus presupuestos.

Cuando estamos en presencia de una gestión del negocio efectuada por varios socios, podemos resumir las obligaciones contraídas de la siguiente manera:

- 1) Las obligaciones son solidarias para todos los socios que han intervenido ante el tercero, si en el acto realizado no establecieron la proporción en la participación de cada uno.
- 2) Las obligaciones son solidarias para aquellos socios que expresaron su consentimiento, para que en el desarrollo del negocio se dieran a conocer sus nombres, incluyendo al socio que contrató. Igualmente serán solidarias para los socios contratantes solamente si dicho consentimiento no fue proporcionado.
- 3) De la misma manera quedarán solidariamente responsables, únicamente los socios contratantes, cuando habiéndose obtenido el consentimiento de otros, no hubieran dado a conocer el nombre de éstos; y si solamente fue uno el que contrató, la obligación será directa únicamente para él.
- 4) Las obligaciones son mancomunadas y divisibles si los socios han contratado expresando la participación que cada uno toma.

Para los efectos internos, es decir en cuanto a las relaciones entre los propios socios, debemos señalar que el socio gestor designado en el contra-

to o ellos en conjunto, si es más de uno, será el punto en que converjan -- las cuestiones de la sociedad. Será el socio gestor quien pueda y deba exigir a los demás que cumplan con los compromisos que han contraído para que entreguen sus aportaciones, y serán los socios quienes deban a la sociedad daños o perjuicios por el incumplimiento de sus obligaciones.

Deberán todos en conjunto aprobar las cuentas que de la sociedad se presenten y salvo las cláusulas del convenio celebrado para la constitución de la sociedad, deberán reclamar la exclusión del socio remiso y exigir la revocación por causa legítima del socio gestor.

El socio gestor debe llevar contabilidad de los negocios objeto de la sociedad en participación, en cumplimiento del artículo 68 del código de comercio, la cual puede ser especial para esos negocios o bien estar considerada dentro de la contabilidad total de todos sus negocios si es que los tiene, ya que debe entregar cuentas de las operaciones.

Por aplicación del artículo 284 del código de comercio, los socios participantes tendrán siempre el derecho de fiscalizar los libros y la correspondencia y demás documentos que demuestren el estado que guardan las operaciones comerciales objeto de la asociación.

También del artículo 400 surge el derecho a favor de los socios participantes de exigir al socio gestor la restitución a los fondos sociales de la suma que de tales fondos se hubiera hecho efectiva para saldar obligaciones personales, o bien producto del ejercicio del derecho que el artículo 401 otorga a los terceros para saldar cualquier cuenta, cuando el socio gestor ha caído en quiebra.

Además todos los socios, gestores o no, tienen el derecho a percibir sus -- utilidades y la obligación de asimilar las pérdidas que les correspondan.

Para la distribución de los beneficios y pérdidas las partes deberán atender las estipulaciones que haya efectuado, en las cuales pudieron fijar libremente el régimen de distribución de los resultados, con la limitación general del pacto leonino.

Aunque es un poco difícil de presentarse en la práctica, en caso de que no se hubiera estipulado al respecto, deberán atenderse a los principios generales para los sociedades en cuanto a la distribución, los que guardan la proporcionalidad tanto de pérdidas como de ganancias.

Notoriamente no existe ninguna disposición legal que limite la pérdida de -- los socios ajenos a la gestión, al monto de su aportación, por lo que la doc

trina ha determinado que para tal efecto, será necesaria una estipulación de responsabilidad limitada para los socios participantes. (24)

Si la estipulación señalada, no existiera y la pérdida proporcional del socio no gestor fuera superior a la cuantía de su aporte, deberá cubrir la diferencia. En cuanto al socio gestor, como en los demás países tiene a su cargo responsabilidad ilimitada.

Al término de la sociedad en participación los socios tienen derecho a la restitución de sus aportaciones previa la aprobación y repercusión de los resultados.

Son causas de disolución de la sociedad la expiración del plazo, el cumplimiento del objeto, el mutuo consentimiento, la pérdida del capital social, la declaración unilateral de un socio no gestor cuando no exista plazo, y una vez terminadas las operaciones iniciadas con anterioridad a la declaración y la muerte del socio gestor, según se desprende del artículo 422 del código de comercio aplicable a éstas sociedades.

Se aplican también las causas de rescisión parcial contenidas en el artículo 419 del código, sobre todo lo relativo a la muerte de un socio no gestor, salvo las disposiciones especiales del pacto social.

Por último la ley establece que "la liquidación de esta sociedad se hará por el mismo socio que hubiese dirigido la negociación, quien desde luego que ésta se halle terminada debe rendir la cuenta de sus resultados con los comprobantes respectivos." (25)

Si se trata de varios socios gestores designados para actuar conjuntamente, "es indudable que la obligación de ellos será solidaria con respecto a los socios meramente participantes y no gestores". (26) Y si se tratara de varios pero designados para actuar por separado, cada uno deberá presentar su cuenta respecto de las operaciones que se le asignaron y del uso de los fondos que se le entregaron.

La jurisprudencia argentina (27) considera delito de defraudación que el socio gestor no rinda las cuentas en forma.

24.- Solá de Cañizares, op. cit. p. 65.

25.- Solá de Cañizares, op. cit. p. 65.

26.- Rivarola, op. cit. p. 369.

27.- Citada por Solá de C., op. cit. p. 68 u confirmado por Malagarrija, op. cit. p. 327.

3.6. EN URUGUAY

Verdaderamente asombrosa, es la notable igualdad que existe entre la legislación uruguaya y la legislación argentina, respecto a la institución que nos ocupa en este estudio. Igualdad que se patentiza más si comparamos la actual redacción del código de comercio uruguayo con la versión que contenía el antiguo código argentino de 1862 las cuales coincidían textualmente en un 99.9%.

En realidad la reforma de 1889 al código de comercio argentino, reprodujo, (con ligerísimas variantes y la sola excepción, del artículo 447 que fué suprimido), las disposiciones del código de 62 en el capítulo titulado "De las sociedades accidentales o en participación", lo que apenas ocasiona una muy pequeña diferencia entre el texto argentino y el texto uruguayo, que por artículos completos se mantienen exactamente con la misma redacción.

Debido a esta extrema coincidencia en las legislaciones sería ocioso repetir todo lo escrito para la República de Argentina, por lo que nos limitaremos a enunciar las características generales que en Uruguay guarda la asociación en participación y procuraremos simplemente dejar constancia de las diferencias entre los dos países puesto que en lo restante, son aplicables las consideraciones efectuadas para Argentina.

Nuestro contrato de asociación en participación, también recibe en Uruguay la calidad de sociedad e igualmente se le conoce como "sociedad accidental o en participación". Se encuentra reglamentada en los artículos 444 a 452 - del código de comercio. (1)

La ley la define así: "La sociedad en participación es la reunión accidental de dos o más comerciantes para hacer una operación de comercio determinada, trabajarlo uno, algunos o todos en su nombre individual solamente, -- sin firma social y sin fijación de domicilio". (2) pero en el artículo siguiente admite que puede ser relativa a más de una operación y en el artículo 447 acepta que se forme entre un comerciante y una persona que no lo sea, caso en el cual la gestión de la sociedad sólo puede llevarse a cabo por el socio comerciante.

O sea que en este país, al menos uno de los socios, el gestor debe ser comerciante para que dicha sociedad pueda existir. Lo anterior establece capacidad especial para una de las partes y por la misma deberá cumplir con las obligaciones inherentes a su profesión.

- 1.- Un artículo menos que en Argentina por la supresión del Artículo 447. - El número es aplicable a ambos países porque coincidían también en numeración con el código argentino de 1862.
- 2.- Artículo 444 código de comercio.

En cuanto al objeto social, se establece que debe referirse a "una o más -- operaciones comerciales" (3), pero a diferencia de los argentinos, no se exige que se trate de operaciones determinadas y transitorias por lo que en -- Uruguay la sociedad en participación sí puede ser momentánea, temporal y -- permanente.

El código le otorga el carácter de sociedad, (4) se refiere a los contratantes como "socios" (5) y menciona también los "fondos sociales" (6), pero mantiene su carácter oculto dada la libertad de formalidades en su constitución (7), y porque los terceros sólo tienen acción contra el socio gestor -- con quien contrata (8). Por eso y porque carecen de nombre y domicilio (9), -- se dice que no goza de personalidad jurídica.

Igualmente por la falta de formalidades para su constitución, puede ser probada por todos los medios de prueba admitidos para los contratos comerciales (artículo 446), y se establece la responsabilidad solidaria, exactamente por las mismas causas que en Argentina, con una diferencia, que los socios que den su consentimiento para que se actúe en su nombre, deben expresarlo por escrito. (10)

De la misma manera que en Argentina se requiere cesión de derechos previa, para que los socios o gestores puedan tener relaciones con los terceros -- (y a la inversa), así como el socio gestor compromete los fondos sociales -- ante terceros por obligaciones personales cuando éstos desconocen la existencia de la sociedad y por lo mismo en caso de quiebra se pueden saldar todas las cuentas de los terceros al amparo del fondo social (11), por lo que las relaciones entre socios y para con terceros son exactamente las mismas que en Argentina. Lo mismo puede decirse respecto del reparto de pérdidas y ganancias, de las causas de disolución y de la liquidación de la sociedad.

Sin embargo Uruguay mantiene una gran peculiaridad de sistema, en relación con las legislaciones europeas, puesto que las cuentaciones sociales que se suscitan entre socios de una sociedad accidental o en participación, durante su existencia, su liquidación o relacionadas con la participación, no son ventiladas ante un juez, sino que se deciden por árbitros, se haya o no estipulado en la convención (12). Este sometimiento al arbitraje, solo lo encontramos en algunos otros países latinoamericanos, como por ejemplo en la jurisprudencia chilena.

- 3.- Art. 444 Código de Comercio.
- 4.- Art. 444, 445, 446 y 447 Código de Comercio.
- 5.- Art. 448, 449, 450, 451 y 452 Código de Comercio.
- 6.- Art. 450 Código de Comercio.
- 7.- Art. 446 Código de Comercio.
- 8.- Art. 448 Código de Comercio.
- 9.- Art. 444 Código de Comercio.
- 10.- Art. 448 y 449 Código de Comercio.
- 11.- Art. 450 y 451 Código de Comercio.
- 12.- Art. 511 Código de Comercio.

3.7. EN CHILE Y EN COLOMBIA.

3.7.1. INTRODUCCION

Dentro del título consagrado a las sociedades, los códigos de comercio chileno y colombiano regulan en cinco artículos, del 507 al 511 y del 629 al 633 - respectivamente, el contrato de "asociación en participación" que también denominan como "cuentas en participación".

Motivo de la igualdad que existe en los artículos de ambas legislaciones, hemos preferido estudiar los dos países en conjunto, dado que consideramos aplicable para uno lo dicho para el otro, salvo las anotaciones específicas que haremos para cada país, que emanen de las jurisprudencias respectivas.

Con objeto de lograr una exposición más ágil, de la forma en cómo se regula - en ambos países la institución que nos ocupa, nos referiremos preferentemente al código de comercio de Chile y anotaremos el artículo correspondiente del código colombiano.

La asociación en participación, apesar de ubicarse dentro de la parte dedicada a las sociedades, los códigos la diferencian de las especies de sociedades que reconocen (colectiva, comandita y anónima), y al referirse a la asociación o cuentas en participación, siempre la califican de contrato y nunca emplean el vocablo de "sociedad", ni a los contratantes les llaman "socios" sino "asociados", por lo que tanto en Chile como en Colombia, la naturaleza jurídica de la institución que nos ocupa es la de un contrato, contrato que si bien es distinto al de sociedad, se le aplican en sus relaciones internas, -- las reglas generales de las sociedades mercantiles, en cuanto no pugnen con las disposiciones especiales de la asociación en participación. (1)

"La asociación en participación, es un contrato por el cual dos o más comerciantes, toman interés a una o muchas operaciones mercantiles, instantáneas o sucesivas, que debe ejecutar uno de ellos en su nombre y bajo su crédito personal, con cargo de rendir cuenta y dividir con sus asociados las ganancias o pérdidas en la forma convenida. (2).

Como en España y en Uruguay, los códigos chileno y colombiano, exigen a las partes que sean comerciantes para poder celebrar este contrato, requisito que como hemos visto, podemos calificar de caprichoso, porque en nada se variaría

- 1.- Art. 511 del Co. Comercio chileno y 633 del colombiano.
- 2.- art. 507 del Co. Comercio chileno y 629 del colombiano.

la naturaleza del contrato si los celebrantes fueran no comerciantes, ya que de todas maneras la ley aplicable es el código de comercio y se obtendría en cambio una mayor amplitud en cuanto a las personas que pueden recurrir a este contrato y una correcta adecuación a las prácticas mercantiles.

En este sentido la jurisprudencia de Colombia ha demostrado un excesivo rigor al decir que solamente puede celebrarse entre comerciantes, en cuyo beneficio lo ha establecido la ley y que los contratos que celebren personas no comerciantes, solo tendrán valor conforme las reglas generales del derecho(3)

Acorde con lo aceptado por la totalidad de los países extranjeros, se admite que tanto asociante como asociado sean personas físicas o morales. (4).

En virtud de la disposición anteriormente reproducida, los contratos de asociación en participación chileno y colombiano, siempre serán de carácter mercantil y sus objetos solo deben consistir en "una o muchas operaciones mercantiles" que pueden ser "instantáneas o sucesivas".

3.- Solá de C. op. cit. p. 89 y jurisprudencia que cita.

4.- Debido a que ambos códigos utilizan la denominación de "asociados" para referirse a ambas partes, consideramos apropiado aceptar y usar los términos de "asociante y asociado" en el sentido que ya conocemos. En los artículos 510 chileno y 632 colombiano, ciertamente se diferencia entre el "asociado gestor" y el "partícipe inactivo".

3.7.2. CONDICIONES DE VALIDEZ Y SUS CLASES.

Tratándose de las capacidades de las partes, hemos visto que la ley les exige la calidad de comerciantes, pero igualmente hemos dicho que este requisito no nos convence por lo que (apesar de la jurisprudencia colombiana), creemos al igual que la generalidad de los doctrinarios que los celebrantes no deben tener más capacidad que la general para contratar y que aquél que vaya a fungir como asociante deberá contar además con la capacidad necesaria para realizar los actos que, producto del contrato, se requieran.

En cuanto a la forma, se dispone que la asociación en participación "no está sujeta en su formación a las solemnidades prescritas para la constitución de las sociedades" (5). Por lo tanto puede celebrarse verbalmente o por escrito y no está sujeta a publicidad alguna ni a inscripción en el registro.

La ausencia de formalidades en su constitución, no exime a las partes de cumplir con otras formalidades que producto del contrato deban llevar a cabo, como por ejemplo el otorgar por escritura pública sus aportaciones, cuando éstas consistan en bienes inmuebles.

Producto de la libertad de forma en su celebración, el contrato de asociación en participación puede ser probado por "libros, correspondencia, testigos, o cualquier otra prueba legal" (6).

Respecto a las clases que puede presentar, la asociación en participación en estos países, como hemos señalado, por la materia será siempre mercantil. Pero en cuanto al objeto de la asociación es de notarse que a diferencia de otras legislaciones, los códigos no mencionan que pueda referirse a la totalidad del negocio del asociante, lo que hace suponer que solo se admiten dos clases, a saber, la momentánea u ocasional, cuando se trate de una sola operación comercial y la temporal, cuando se refiera a varias o muchas.

En este punto la jurisprudencia colombiana, ha considerado que la asociación en participación es esencialmente accidental y que por ello "la sociedad de hecho constituida para empresa de duración indefinida y que, en consecuencia crea vínculo permanente entre los asociados, no puede calificarse legalmente de asociación accidental o cuentas en participación, la cual es accidental y no tiene carácter permanente". (7)

5.- Art. 508 Co. Comercio Chile, y 630 del colombiano.

6.- Art. 509 Co. Comercio Chile, y 631 del colombiano.

7.- Citada por Solá de C. op. cit. p. 89.

Estamos totalmente de acuerdo con el juez colombiano, en que la sociedad de hecho no puede compararse con la asociación en participación, pero una cosa es una sociedad de hecho y otra un contrato de asociación en participación permanente, en el que el asociado nunca tiene la calidad de socio ni sus derechos y obligaciones, por más que transcurra el tiempo,

Tampoco aceptamos que la "accidentalidad" sea esencial a la asociación en participación y como prueba de ello están las legislaciones de México, España, Italia, etc. en las cuales perfectamente se acepta y se utiliza la asociación en participación permanente, lo anterior sin perjuicio de reconocer que en latinoamérica, existe una tradición de momentaneidad para esta figura, pero derivada de causas históricas y no legales.

Además en nuestro sentir, creemos que la expresión "muchas operaciones sucesivas" nos abre el camino para decir que tanto en Chile como en Colombia, también se debe aceptar como válida la asociación en participación permanente, es decir aquella que se refiera a la totalidad del negocio del asociante.

Del mismo modo no vemos ningún inconveniente en que en cualquiera de las clases de asociación en participación de estos países, existan uno o más asociados, pero creemos que en virtud de lo dispuesto por el artículo 507 (629 colombiano), la pluralidad de asociantes no es permitida ya que se obliga a "uno de ellos" a llevar las operaciones en su sólo nombre.

3.7.3. CARACTERES JURIDICOS DE LA ASOCIACION EN PARTICIPACION CHILENA Y COLOMBIANA.

3.7.3.1. CARACTER OCULTO Y AUSENCIA DE PERSONALIDAD.

El carácter oculto del contrato resulta de la ausencia de formalidades al momento de su constitución y puesto que no requiere ni publicidad ni registro, generalmente se mantiene desconocido en las relaciones al exterior.

Además, al igual que en todas las legislaciones, el asociado se mantiene ajeno al desarrollo de las operaciones y el tercero que contrata con el asociante, desconoce la existencia del asociado quien solo tiene vínculos con aquél.

El carácter oculto del contrato, no puede separarse de la ausencia de personalidad jurídica y sus consecuencias son similares. En Chile y en Colombia - existe un artículo expreso que sanciona ambas características, al disponer - que la asociación en participación es esencialmente "privada, no constituye una persona jurídica y carece de razón social, patrimonio colectivo y domicilio". (8).

La disposición anterior nos parece muy atinada, porque niega --y así debe ser-- la personalidad jurídica a la figura, situación que ya han contemplado otros países como México y Francia, evitándose así toda discusión al respecto.

Al igual que en todos los países, por esta falta de personalidad jurídica, - que ocasiona la ausencia de nombre, la falta de domicilio, etc. la asociación en participación chilena y colombiana como tal, no puede contraer derechos y obligaciones, ni estar en justicia ni ser declarada en quiebra.

8.- Art. 509 del Co. Comercio chileno y 631 del colombiano.

3.7.3.2. LAS APORTACIONES Y LA AUSENCIA DE FONDO COMUN.

Los códigos no se refieren expresamente a las aportaciones, pero esto no significa que no las haya, es evidente que existe una contribución económica de parte del asociado hacia el asociante y al expresión "toman interés" así lo determina.

Se aceptan toda clase de aportaciones, dinero bienes, servicios, etcétera, - pero el asociante para allegarse capital solo puede recurrir a la aportación del asociado, no pudiendo hacerlo por la emisión de títulos o acciones negociables. El interés de cada asociado no podrá ser cedido sin el consentimiento de los otros. (9)

La ley no establece tampoco, el régimen jurídico bajo el cual el asociado efectúa su aportación al asociante, por lo que se estará a lo convenido por -- las partes, quienes tienen la limitante de no poder estipular un régimen de comunidad, puesto que por ley (10), la asociación en participación carece de patrimonio colectivo es decir que tiene ausencia de fondo común.

De esta manera sólo podrán estipular o el régimen de propiedad individual de lo aportado o bien el que los bienes aportados pasan a formar parte del patrimonio del asociante.

La cuestión radica en saber ¿de quién son los bienes aportados? cuando no -- existe estipulación al respecto. En esta hipótesis desde luego, se deberán - considerar las circunstancias específicas de cada caso, ya que si por ejemplo se trata de un bien inmueble, el propietario será aquel que ostente las escrituras y aparezca como dueño en el registro público de la propiedad. En cambio, cuando se trate de bienes en los que no se tenga la facilidad de verificarse por una inscripción en el registro, una cosa es cierta, que respecto a terceros el único dueño del negocio y por tanto de los bienes con que - el negocio cuente, será el asociante (11), salvo desde luego cuando lo contrario además de ser evidente, deba ser conocido por el tercero. Pero para las relaciones entre asociado y asociante hay quien considera que, cuando no exista cláusula al respecto debe aceptarse que el propietario continúa siendo el propietario(12). Nosotros en cambio creemos que la solución correcta - es la de admitir que el asociado transfirió la propiedad de lo aportado al -

9.- Así lo dispone el art. 404 del Co. Comercio chileno, aplicable por el - art. 511 y en Colombia lo establece el art. 529 aplicable por el 633.

10.- Art. 509 del Co. Comercio chileno y 631 del colombiano.

11.- Art. 510 del Co. Comercio chileno y 632 del colombiano.

12.- Olavarría Avila, citado por Solá de C. op. cit. p. 80.

asociante, admitiendo desde luego, pero sólo con fines internos, la prueba en contrario. Lo entendemos así dada la naturaleza y función del contrato. denis, debido a esa transmisión de propiedad de lo aportado, el asociado tienen derecho para que al finalizar la relación jurídica con su asociante éste le reintegre su aportación.

3.7.4. FUNCIONAMIENTO DEL CONTRATO Y SU DISOLUCION.

Los códigos diferencian entre los asociados que permanecen inactivos y el asociante a cargo de quien corre la administración de la asociación, por ser éste el que ejecuta las operaciones mercantiles a las que se refiere.

Los asociados, no pueden entrometerse en la gestión de los negocios y por lo mismo los terceros solo conocen al asociante, por eso carecen de vinculación asociado y terceros. (13)

Sin embargo através de una cesión de derechos, que la ley prevee (14), podrán relacionarse los terceros con los asociados para ejecutar las acciones del gestor. Igualmente existirá relación entre ellos, cuando se trate de las acciones pauliana, oblicua o subrogatoria, cuando se presenten los presupuestos de cada una de ellas.

En las relaciones internas, ya hemos dicho que los asociados no tienen ingerencia en la administración de las operaciones, pero sí tienen la facultad de examinar los libros de contabilidad del asociante, derecho acorde con las reglas generales establecidas para las sociedades, que como hemos señalado, son aplicables en los dos países a los que nos referimos en este apartado, además de cualquier otro derecho de fiscalización que se haya establecido en el convenio.

Ordenan los códigos (15) que los beneficios y pérdidas se distribuyen en la proporción estipulada en el contrato y se acepta el pacto de limitación de responsabilidad para el asociado, el cual es frecuente (16), la responsabilidad del asociante, en cambio, es ilimitada y como garantía se encuentra todo su patrimonio.

Nada dicen los códigos respecto a la responsabilidad del asociado cuando el convenio fuere omiso sobre el particular, pero creemos que los argumentos ya esgrimidos para otros países, para limitar hasta el monto de su aportación - las pérdidas que le correspondan, tienen validez universal, por lo tanto sentimos que los jueces, así deberán resolverlo.

13.- Art. 510 del Co. Comercio y 632 del colombiano.

14.- Ídem.

15.- Art. 507 y 508 Co. comercio y 629 y 630 del colombiano.

16.- Olavarría Avila, citado por Solá de C. op. cit. p. 81.

Finalmente, la disolución de la asociación en participación tendrá lugar por las causas generales establecidas para las sociedades, además de las que hayan estipulado las partes, las cuales son coincidentes con las ya tantas veces señaladas. (17)

La liquidación consiste en la rendición de cuentas por parte del asociante y a diferencia de otros países, no se exige en el código que dicha rendición de cuentas sea formal o justificada, sino que otorga a las partes decidir el modo de realizarla. Creemos que cuando no se haya previsto en el contrato, -deberá efectuarse de manera formal y acompañada de los comprobantes respectivos.

Por último debemos observar que en Chile (como en Uruguay por ley), la jurisprudencia ha sentado que la liquidación de la asociación en participación y los conflictos entre asociado y asociante sean sometidos al arbitraje. (18).

17.- Art. 508 del Co. Comercio chileno y 630 del colombiano.

18.- Solá de Cañizares, op. cit. p. 83.

3.8. OTRAS LEGISLACIONES QUE TAMBIEN REGLAMENTAN LA ASOCIACION EN PARTICIPACION.

En Perú y en Cuba los códigos de comercio reglamentan la "cuenta en participación" en forma idéntica al código de comercio español. Los cinco artículos que cada código destina al contrato, son copia exacta de lo establecido por los concordantes españoles.

Haití por su parte, hace lo mismo, pero con respecto a Francia y su código de comercio, el cual también reproduce textualmente las disposiciones francesas actuales.

En Venezuela se le conoce como "cuentas en participación", pero también se utilizan las expresiones de "asociación en participación" y "sociedad accidental". En este país resaltan las características de que el contrato debe celebrarse por escrito y además por ley, las aportaciones tienen que pasar en propiedad al asociante, por lo que no se acepta la cláusula de reserva de dominio. Además la restitución de lo aportado sólo se acepta, cuando existe en el convenio una cláusula que así lo determine.

Costa Rica, en su Ley de Sociedades Comerciales, también reglamenta la "asociación en participación", observándose que aún cuando carece de personalidad jurídica dispone la existencia de un "fondo común", el cual queda comprometido por el gestor, aún por obligaciones personales cuando se trate de terceros que actúan de buena fé. La ley agrega el régimen de responsabilidad solidaria para los gestores, cuando la actuación es colectiva hacia el exterior.

El código de comercio de la República Dominicana, también considera las "asociaciones en participación". En Bolivia en cambio se le conoce como "sociedad accidental".

En Brasil y en Portugal, los códigos de comercio regulan la "sociedade em conta de participacao", que tienen el carácter de sociedad y en las cuales se exige que al menos el socio gestor sea comerciante.

Bélgica, al igual que sucedía en Alemania, nos proporciona una dualidad en la reglamentación de esta figura. El derecho belga distingue entre la "asociación en participación" y la "asociación momentánea".

La asociación momentánea, tiene por objeto ejecutar una o varias operaciones

de comercio determinadas, por las que los asociados responden solidariamente frente a los terceros con quienes han contratado. En cambio por la "asociación en participación" una o varias personas se interesan en las operaciones que otra u otras gestionan en su propio nombre. Creemos que esta diferenciación no tiene razón de ser, puesto que en realidad, la asociación momentánea queda incluida en la asociación en participación.

Por último, Canadá nos ofrece dos particularidades. En primer término nuestra moderna sociedad anónima, es denominada (con mayor exactitud) "sociedad por acciones" y la asociación en participación todavía recibe el viejo nombre europeo de "sociedad anónima". Y en segundo lugar se le consideran aplicables en todo momento las normas previstas para la sociedad colectiva.

3.9. LEGISLACIONES QUE NO REGLAMENTAN LA ASOCIACION EN PARTICIPACION.

Como sabemos en Suiza — como en Italia — la materia mercantil y la civil, han sido unificadas en un solo ordenamiento. Pues bien, analizando el código suizo de las obligaciones, en vigor desde 1936, no encontramos una fórmula jurídica que se asemeje a nuestro contrato de asociación en participación.

Sin embargo al amparo de las disposiciones que contiene el título vigésimo-tercero, intitulado "de la sociedad simple", consideramos que dos contratantes bien pueden celebrar una sociedad que contenga las directrices y los efectos fundamentales de la asociación en participación en el sentido que conocemos, siempre y cuando se preocupen de establecer total y correctamente los derechos y obligaciones de cada uno y la forma de cómo se ha de desarrollar la sociedad, sobre todo poniendo especial énfasis en lo que a la administración y al reparto de pérdidas y ganancias concierne.

Dispone el artículo 530: "La sociedad es un contrato en virtud del cual dos o más personas convienen en unir sus esfuerzos o sus recursos para alcanzar un objeto común. La sociedad es simple, en el sentido del presente título, cuando no ofrece los caracteres distintivos de cualquiera de las sociedades reguladas por la ley".

Los siguientes artículos (del 531 al 551), establecen que se aceptan cualquier clase de aportaciones, que los socios están obligados a partir entre sí las ganancias y las pérdidas en partes iguales salvo convenio en contrario, que al socio industrial se le exime de participar en las pérdidas, que los socios que no administren tienen derecho a informarse de la marcha de los negocios, que cuando un socio administre en su propio nombre, sólo él resulta acreedor o deudor del tercero etc. etc.

Desde luego algunos preceptos, total o parcialmente no pueden ser aplicados a la asociación en participación, pero continuamos creyendo que en Suiza, a pesar de no estar reglamentada, sí es posible que se celebre un contrato de este tipo, acogiéndose a lo prescrito por el artículo 530 señalado.

Desafortunadamente no pudimos tener acceso al código de comercio de Turquía, por ello no podemos asegurar que no conozcan el contrato de asociación en participación, pero de ser así, también estamos seguros que al amparo de lo dispuesto por su código civil, que en su parte relativa a la sociedad simple, reproduce con ligerísimas variantes la legislación suiza, puede celebrarse un contrato de asociación en participación. Las variantes turcas de sus artículos 520 a 541, en relación con las concordantes suizas, son irre-

levantes.

Finalmente las legislaciones estadounidense e inglesa tampoco reglamentan una forma equivalente al contrato de asociación en participación. En estos países existe la figura de la "limited partnership" que viene siendo una forma de sociedad de responsabilidad limitada muy parecida a la sociedad en comandita, la cual fué introducida a principios del siglo XX, pero en las sociedades que éstos países contemplan, se acepta la participación de "socios ocultos o dormidos que se denominan "sleeping-partner" o "dormant-partner" que pueden tener efectos similares a los de "asociado" que ya conocemos.

De cualquier manera creemos más exacto afirmar que la asociación en participación, no es conocida por éstos Estados.

CONCLUSIONES

- I.- La asociación en participación no tiene como antecedente el contrato de commenda de la edad media. Por el contrario, la commenda nació de la asociación en participación.
- II.- La expresión más antigua de la actual asociación en participación, la encontramos en la "societas" romana.
- III.- Por su función económica y sus ventajas siempre se mantuvo en las prácticas mercantiles, a pesar de no encontrarse regulada en las leyes.
- IV.- Para el asociado, presenta los siguientes atractivos:
 - a) Se trata de una fórmula jurídica, -- por la que se puede participar en el negocio de otro, sin los inconvenientes de convertirse en "socio" y arriesgando tan solo, una suma determinada.
 - b) Permite que sus capitales ociosos, -- "trabajen" con objeto de lograr rendimientos.
 - c) A los legalmente incapaces para ejercer el comercio, les permite recibir los beneficios de éste, sin violar -- disposición alguna.

V.- Proporciona al asociante las siguientes ventajas:

- a) Se trata de una fórmula para obtener capitales, eludiendo los inconvenientes del préstamo.
- b) Le permite compartir (disminuir), - el riesgo de sus operaciones.

VI.- Debido a las ventajas y provechos que presenta, así como sus facilidades al celebrarse, es la asociación en participación, una figura ampliamente conocida y utilizada, en las prácticas y leyes mercantiles de muchos países, - por lo que no cabe duda de que se trata de una Institución de carácter universal.

VII.- La verdadera naturaleza jurídica de - la asociación en participación, es la de un "Contrato", a pesar de recibir el calificativo de "Sociedad", en algunos países extranjeros.

VIII.- Deben aceptarse tres clases de asociación en participación. Momentánea u ocasional, temporal y permanente.

IX.- Solamente en un aspecto, coinciden la totalidad de las legislaciones de los diversos países. La única característica común a todos es que, la asociación en participación no goza de personalidad jurídica. Esto refleja una falta de 'unión' mundial, del Derecho Mercantil, por la que debemos pugnar.

X.- Indudablemente el Derecho Mercantil, debe ser dinámico, de lo contrario, las prácticas comerciales se adelantarán a las leyes y éstas solo serán letra muerta. Prueba de ello son aquellos países en los cuales algunas exigencias legales no son respetadas por obsoletas o caprichosas.

BIBLIOGRAFIA.

- 1.- Alvarez del Manzano y Alvarez Rivera Faustino, Bonilla y San Martín Adolfo y Miñana y Villagrassa Emilio, *Tratado de Derecho Mercantil Español*, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid 1916. Dos tomos.
- 2.- Ascarelli Tulio, *Derecho Mercantil*, Porrúa Hnos. y Cía. México 1940.
- 3.- Ascarelli Tulio, *Sociedades y Asociaciones Comerciales*, Ediar S.A. editores, Buenos Aires, Arg. 1947.
- 4.- Barrera Graf Jorge, *Tratado de Derecho Mercantil*, Editorial Porrúa, S.A. México, 1957. Tomo I.
- 5.- Benito Lorenzo, *Manual de Derecho Mercantil*, Victoriano Suárez editores, Madrid 1929. Dos tomos 1 y 3.
- 6.- Bolaffio León, *Derecho Mercantil*, Ed. Reus S.A. Madrid 1935.
- 7.- Broseta Pont Manuel, *Manual de Derecho Mercantil*, Ed. - Tecnos Madrid, 1974.
- 8.- Brunetti Antonio, *Tratado del Derecho de las Sociedades*, Tomo I, U.T.E.H.A. Buenos Aires, Arg. 1960.
- 9.- Cervantes Ahumada Raúl, *Derecho Mercantil*, Ed. Herrero - México 1980.
- 10.- Cervantes Manuel, *Las Diversas Clases de Sociedades Mercantiles y Civiles*, Printing Art, México, 1915.
- 11.- *Códigos Civiles de México*, Italia , Turquía y Suiza.
- 12.- *Códigos de Comercio de: México, Francia, España, Alemania, Argentina, Uruguay, Chile, Colombia, Perú, Cuba, Haití, - Costa Rica, Bolivia y Ecuador.*
- 13.- De Pina Vara Rafael, *Elementos de Derecho Mercantil Mexicano*, Ed. Porrúa S.A. México 1970.
- 14.- Garrigues Joaquín, *Curso de Derecho Mercantil*, Ed. Porrúa S.A. Dos tomos, México 1979.
- 15.- Heinsheimer Karl, *Derecho Mercantil*, Editorial Labor S.A. Madrid 1933.
- 16.- Langle y Rubio Emilio, *Manual de Derecho Mercantil Español*, Bosch casa editorial, Barcelona 1950, tomos I y III.

- 17.- Leyes de México; General de Sociedades Mercantiles, General de Títulos y Operaciones de Crédito, de Quiebras y - Suspensión de Pagos y del Impuesto Sobre la Renta,
- 18.- Malagarriga Carlos C. Tratado Elemental De Derecho Comercial, Tipográfica Editora Argentina, Tomo I, Buenos Aires Arg. 1951.
- 19.- Mantilla Molina Roberto L. Derecho Mercantil, Editorial - Porrúa, S.A. México 1980.
- 20.- Margadant S. Guillermo F. El Derecho Romano Privado, Ed.- Esfinge S.A. México 1975.
- 21.- Messineo Francesco, Manual de Derecho Civil y Comercial,- Tomo VI, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires Arg. 1955
- 22.- Muñoz Luis, Derecho Mercantil, Dos tomos, Librería Herrero México 1952.
- 23.- Puente y F. Arturo y Calvo Marroquín Octavio, Derecho Mercantil, Editorial Banca y Comercio, México 1967.
- 24.- Rehme Paul, Historia Universal del Derecho Mercantil, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1941.
- 25.- Ripert Georges, Tratado Elemental de Derecho Mercantil, - Tomo II, París 1952.
- 26.- Rivarola Mario A. Tratado de Derecho Comercial Argentino, Tomo II, Cía argentina de editores, Buenos Aires 1938.
- 27.- Solá de Cañizares Felipe de, El contrato de Participación en el Derecho Español y en el Derecho Comparado. Madrid, 1954.
- 28.- Tena Felipe de J. Derecho Mercantil Mexicano, Ed. Porrúa México, 1978.
- 29.- Vicente y Gella Agustín, Introducción al Derecho Mercantil Comparado, Editora Nacional S.A. México 1951.