

12



# UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES  
ACATLAN

## " LA ASOCIACION EN PARTICIPACION EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO "

### T E S I S

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

Sta. Cruz Acatlán, Edo. Méx. 1993.



**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**



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

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

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

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

# I N D I C E

Introducción.....	I
CAPITULO I	
GENERALIDADES DE LOS CONTRATOS	
I.- Definición.....	1
II.- Principales clasificaciones.....	12
III.- Otras clasificaciones.....	19
IV.- Diferencias entre contratos civiles y contratos mercantiles.....	25
a).- Los contratos mercantiles.....	27
b).- Su forma e interpretación.....	30
c).- Clasificación de los contratos mercantiles.....	32
CAPITULO II	
BREVES ANTECEDENTES DE ASOCIACION EN PARTICIPACION	
A).- Grecia.....	34
Roma.....	35
Edad Media.....	40
B).- Evolución de la asociación en participación	
Francia.....	44
Italia.....	47
Alemania.....	49
Belgica.....	52
CAPITULO III	
CONTRATO DE ASOCIACION	
I.- Concepto.....	54
II.- Características.....	58
III.- Elementos esenciales y de validez.....	59
IV.- Funcionamiento de la asociación.....	62
V.- Derechos y deberes de los asociados.....	64
VI Extinción de las asociaciones y sus consecuencias.....	66

## CAPITULO IV

### ASOCIACION EN PARTICIPACION

I.-	Concepto y definición.....	69
II.-	Diferencias de la asociación con las sociedades mercantiles.....	71
III.-	Asociante y asociados.....	76
IV.-	Objeto y forma del contrato.....	81
V.-	Aportaciones en la asociación en participación.....	85
VI.-	Pérdidas, ganancias y liquidación.....	88
VII.-	Naturaleza jurídica.....	92
	Conclusiones.....	100
	Bibliografía.....	103

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

En la presente tesis se pretende realizar un estudio sobre la asociación en participación señalando la legislación aplicable a la misma; para finalmente concentrar este trabajo en nuestro objetivo principal que es saber si es un contrato o una sociedad mercantil.

Por lo tanto, el estudio que presentamos al lector se divide en cuatro capítulos:

En el primer capítulo y de manera general hablaremos de los contratos y de las diferencias que existen entre los contratos civiles y los contratos mercantiles.

En el segundo capítulo se estudian de una manera breve los antecedentes históricos y consideramos que es en la época de la Edad Media donde surge nuestro mencionado tema.

En el tercer capítulo se señala el contrato de asociación desde su concepto hasta llegar a su extinción y consecuencias.

Por último en el capítulo cuarto se analiza de una manera más profunda la asociación en participación tomando en cuenta que es importante el aspecto referente a la naturaleza jurídica.

## C A P I T U L O I

### GENERALIDADES DE LOS CONTRATOS

- I) DEFINICION
- II) PRINCIPALES CLASIFICACIONES
- III) OTRAS CLASIFICACIONES
- IV) DIFERENCIAS ENTRE CONTRATOS  
CIVILES Y CONTRATOS MERCANTILES
  - a) LOS CONTRATOS MERCANTILES
  - b) SU FORMA E INTERPRETACION
  - c) CLASIFICACION DE LOS CONTRATOS  
MERCANTILES

## GENERALIDADES DE LOS CONTRATOS

### I) DEFINICION

Al hablar de nuestro tema debemos considerar que no es posible dar un concepto general del contrato como validez universal, ya que éste varía de acuerdo a las leyes y costumbres de cada país.

Así, la definición que puede ser aplicada en derecho argentino, puede no corresponder a la que se da en derecho español o en derecho mexicano.

El artículo 1137 del Código Civil Argentino nos dice que: "Hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a regular sus derechos".

El artículo 1254 del Código Civil Español establece que: "El contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse respecto de otro u otras, a dar algunas cosas o prestar algún servicio".

En la definición de contrato, debemos observar que nuestro derecho positivo recoge y plasma las definiciones que sustenta la doctrina respecto del acto jurídico que es fuente de las obligaciones entre los seres humanos; así tenemos que para el tratadista Jossierand el contrato es: "Una convención por la cual una o varias personas se obligan respecto de una o varias

otras a dar, a hacer o no hacer alguna cosa". (1)

Colin y Capitant nos dicen lo siguiente: "El contrato o convenio es un acuerdo de dos o varias voluntades en vista de producir efectos jurídicos. Contratando las partes, pueden tener por fin, sea crear una relación de derecho; crear o transmitir un derecho real o dar nacimiento a obligaciones; sea modificar una relación preexistente, sea en fin extinguirla". (2)

Se debe considerar que lo anterior tiene una aplicación general:

a).- Los contratos se estudian y tienen su campo de actualización dentro del ámbito patrimonial; su estudio sólo tiene importancia práctica si se hace de la teoría del patrimonio;

b).- Todo contrato necesariamente implica un acuerdo de voluntades pero no un acuerdo simple, sino la manifestación exteriorizada de dos voluntades por lo menos, en los términos en que lo disponga una norma vigente;

c).- Todo contrato debe ligar, enlazar a las personas que lo celebran, estableciendo entre ellas un vínculo obligatorio de

(1) JOSSERAND, Louis. "Derecho Civil, Teoría General de las Obligaciones"; T. II; Vol. I; Ediciones Jurídicas Europa-América, Bosch y Cia. Editores; Buenos Aires 1950; p. 12.

(2) COLIN, A. y CAPITANT, H. citados por Zamora y Valencia, Miguel Angel; "Contratos Civiles"; Edit. Porrúa, S.A.; 3a. Ed.; México 1989; pp. 17 y 18.

contenido patrimonial.

"Este aspecto es la razón de ser, es el objeto principal y el motivo del contrato. Las personas en sus relaciones cotidianas tienen la necesidad de asegurar en alguna forma la realización de cierta conducta por parte de otras o de comprometerse, a su vez a la realización de cierta actividad, y el instrumento idóneo para satisfacer esas necesidades, es el contrato". (3)

En nuestro país encontramos que el Maestro Rafael Rojina Villegas, en su obra Compendio de Derecho Civil, inicia el Capítulo Primero con la definición de contrato como: "Un acuerdo de voluntades para crear o transmitir derechos y obligaciones, agregando que el contrato es una especie dentro del género de los convenios y que, el convenio es un acuerdo de voluntades para crear, transmitir, modificar o extinguir obligaciones y derechos y que, en su concepto, el convenio tiene dos funciones: una positiva, que es la de crear o transmitir obligaciones y derechos, y otra negativa: modificarlos o extinguirlos". (4)

En realidad el Maestro Rojina Villegas tiene por buena la definición que nos proporciona el Código Civil en sus artículos 1792 y 1793, que sostienen que el "convenio es el acuerdo de dos

(3) ZAMORA y Valencia, Miguel Angel; "Contratos Civiles": Edit. Porrúa, S. A.; 3a. Ed.; México, 1989; p. 19.

(4) ROJINA Villegas, Rafael; "Compendio de Derecho Civil"; T. IV; Edit. Porrúa, S. A.; México 1970; p. 7.

o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones y que los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos".

Independientemente de los aspectos negativos o positivos que señala nuestro autor en cita, como aspectos distintivos del convenio como género y el contrato como especie, nos encontramos con que la doctrina y la legislación son acordes en la definición del convenio como género y del contrato como especie.

Sin embargo, consideramos necesario señalar que en nuestro Código Civil en su artículo 1859 le resta importancia a la distinción establecida en los artículos 1792 y 1793 del propio ordenamiento legal, entre convenio y contrato, cuando establece que los principios relativos a los contratos son aplicables a todos los convenios, lo que consideramos parece constituir un equivoco del legislador porque dá la impresión de que la especie prevalece sobre el género, debiendo ser en sentido inverso; pero para los fines del presente trabajo consideramos suficientemente explícita la definición que nos proporcionan los tratadistas respecto de lo que es un contrato y que se encuentra plasmada en los mismos términos, en los aludidos artículos 1792 y 1793 del Código Civil y en la totalidad de los Códigos Civiles de las diversas Entidades Federativas que integran nuestra República Mexicana, aún cuando bajo diferentes números.

Por no tratar propiamente del tema central de nuestro

trabajo y por razones de carácter exclusivamente metodológico haremos mención a los elementos de los contratos que son: elementos de existencia y elementos de validez.

Desde el punto de vista doctrinario los tratadistas sostienen que los elementos de existencia de un contrato son:

1.- El consentimiento; y 2.- El objeto que puede ser materia del contrato.

El Maestro Manuel Borja Soriano, en su obra Teoría General de las Obligaciones, señala con precisión que: "Nuestro Código Civil de 1928 se encuentra inspirado en el proyecto franco-italiano del Código de las Obligaciones y de los Contratos". (5) En el que se hace la misma distinción que señala como elemento necesario para la existencia de un contrato, los ya señalados, de consentimiento y objeto que pueda ser materia del contrato, como se encuentra precisado en el artículo 1794 del Código Civil para el Distrito Federal mismo que se encuentra reproducido en todos los Códigos Civiles de las diversas Entidades Federativas que integran la República Mexicana.

1.- Consentimiento. El tratadista Julian Bonnetcase, define al consentimiento como "el acuerdo de voluntades constitutivo

(5) BORJA Soriano, Manuel. "Teoría General de las Obligaciones": Edit. Porrúa, S. A.; México 1982; p. 120.

del contrato". (6)

Por su parte, el Maestro Manuel Borja Soriano en su Teoría General de las Obligaciones señala que el consentimiento es elemento esencial del contrato y que "consiste en el acuerdo de dos o más voluntades sobre la producción o transmisión de obligaciones y derechos, siendo necesario que estas voluntades tengan una manifestación exterior". (7)

Desde el punto de vista legislativo, encontramos que el artículo 1794 del Código Civil para el Distrito Federal establece con claridad meridiana que para la existencia de los contratos se requiere el consentimiento y el objeto que pueda ser materia del contrato; y en el artículo 1803 nos señala que el consentimiento puede ser expreso o tácito, precisando que es expreso cuando se manifiesta verbalmente, por escrito o por signos inequívocos y que el consentimiento es tácito cuando resulta de hechos que lo presupongan o autoricen a presumirlo; en consecuencia, debe tenerse por consentimiento el acuerdo de dos o más voluntades tendientes a la celebración de un contrato para crear o transmitir derechos y obligaciones, permitiendo subrayar la importancia sociológica del acuerdo de voluntades, porque constituye uno de los principales hechos sociales que permiten la convivencia humana porque aseguran las

(6) BONNECASSE, Julien; "Elementos de Derecho Civil"; T. II. Edit. Cajica, Puebla, Puebla; 1945. P. 287.

(7) BORJA Soriano, Manuel; "Teoría General de las Obligaciones"; Edit. Porrúa, S.A.; México, 1982; P. 17.

relaciones interhumanas que han permitido la evolución social y los avances tecnológicos que han alcanzado los grupos étnicos que constituyen la base y sustento de nuestra actual sociedad.

2.- El objeto. Es el segundo elemento esencial del contrato y consiste en la producción de consecuencias dentro del campo del derecho, siendo dichas consecuencias la creación o transmisión de derechos y obligaciones. Todo contrato tiene por objeto producir alguno de estos efectos o consecuencias y toda obligación, tiene por objeto una prestación que puede ser de dar, de hacer o de no hacer.

De lo dicho anteriormente, vemos que la palabra objeto tiene las siguientes acepciones:

a).- La de objeto directo o inmediato del contrato; que es la producción de consecuencias jurídicas que son crear o transmitir derechos u obligaciones.

b).- La de objeto indirecto o mediato del contrato, que no es sino el objeto directo de la obligación creada o transmitida, es decir una prestación de dar, hacer o no hacer.

c).- La del objeto como sinónimo de la cosa o hecho material del negocio.

El Código Civil vigente en el Distrito Federal, en lugar de precisar cuales son los elementos de validez de todo contrato,

opta por señalar en su artículo 1795 cuales son las causas por las que un contrato puede ser invalidado; en consecuencia, para obtener los elementos de validez de todo contrato, nos encontramos obligados a una interpretación a contrario sensu, del citado precepto legal. Por lo tanto si un contrato puede ser invalidado por incapacidad legal de una de las partes el primer elemento de validez de los contratos es que ambas partes tengan capacidad legal para poder celebrar el contrato de que se trate.

El Maestro Leopoldo Aguilar Carbajal, señala que: "La capacidad es un dato subjetivo consistente en la posibilidad legal de ser sujeto de derechos y obligaciones; que se adquiere con el nacimiento y termina con la muerte; y que también consiste en la posibilidad de estipular por sí mismo en los contratos, sin estar asistido o substituido por otro." (8)

El mismo ordenamiento legal de derecho positivo en su artículo 22 señala que: "La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código"

En cambio, en el artículo 23 del Código Civil para el

(8) AGUILAR Carbajal, Leopoldo; "Contrato Civiles", Segunda Edición; Edit. Porrúa, S.A.; México 1977, P. 17.

Distrito Federal nos señala con claridad meridiana que la menor edad, el estado de interdicción y las demás incapacidades establecidas por la ley son restricciones a la personalidad jurídica; pero que por incapacitados pueden ejercitar sus derechos o contraer obligaciones sus representantes. Por último el artículo 24 del mismo ordenamiento legal, precisa que el mayor de edad tiene la facultad de disponer libremente de su persona y de sus bienes, salvo las limitaciones que establece la ley.

Ahora bien el artículo 450 del Código Civil recoge lo plasmado en los preceptos legales citados en los párrafos anteriores, cuando establece que tienen incapacidad natural y legal: I.- Los menores de edad; II.- Los mayores de edad privados de inteligencia por locura, idiotismo o imbecilidad, aún cuando tengan intervalos lúcidos; III.- Los sordomudos que no saben leer ni escribir; IV.- Los ebrios consuetudinarios y los que habitualmente hace uso immoderado de drogas enervantes.

Ese concepto de la capacidad para contratar como elemento de validez del contrato, debe ser completado con la capacidad que tienen las personas morales para contratar por conducto de sus respectivos representantes legales, siempre y cuando esa ficción jurídica se encuentre legalmente constituida, y como lo señala el artículo 27 del propio Código Civil para el Distrito Federal.

Si continuamos con la interpretación a contrario sensu del

artículo 1795 del ordenamiento citado nos encontramos que otro de los elementos de validez de los contratos es la ausencia de vicios del consentimiento, esto es que no haya mediado o interferido algún vicio de los que señala la ley para externar el consentimiento de una o ambas partes.

Como vicios del consentimiento, el artículo 1812 del Código Civil nos señala que son: el error o cuando el consentimiento fué arrancado con violencia o sorprendido por dolo; en cuyos casos por disposición expresa de la ley se invalida el contrato y no puede producir ningún efecto entre los otorgantes, por lo que las cosas deben volver al estado en que se encontraban hasta antes de celebrar el contrato que se invalida.

En lo que respecta a la violencia, el Maestro Rafael Rojina Villegas nos dice que: "La violencia puede ser física o moral y que existe violencia física cuando por medio del dolo se coacciona la voluntad a efecto de que se exteriorice en la celebración de un acto jurídico y que también existirá cuando por la fuerza se prive a otra de su libertad o de sus bienes o se le hace daño para lograr el mismo objeto, o bien cuando merced a la misma fuerza se pone en peligro la vida, la honra, la libertad o una parte considerable de los bienes de la víctima. La violencia moral existe cuando por medio de amenazas o intimidaciones se pone en peligro la vida, la honra, la libertad, la salud o patrimonio del autor del acto jurídico." (9)

(9) ROJINA Villegas, Rafael; "Derecho Civil Mexicano"; T. I; Tercera Edición; Edit. Porrúa, S.A.; México 1959, P. 369.

En Cambio, el dolo y la mala fé, como vicios del consentimiento que invalida un contrato se encuentran definidos por el artículo 1815 del Código Civil para el Distrito Federal que señala: "Se entiende por dolo en los contratos cualquier sugestión o artificio que se emplee para introducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes y por mala fé, la disimulación del error de uno de los contratantes una vez conocido". En consecuencia, en el dolo nos encontramos con una conducta activa y en la mala fé con una omisión.

Resumiendo todo lo anterior sostenemos que para que un contrato sea válido desde el punto de vista del elemento consentimiento, el mismo debe encontrarse libre de cualquier vicio de los señalados por la ley porque nuestro legislador tiende a establecer una igualdad entre las partes desde el punto de vista económico y jurídico impidiendo con la sanción de invalidez el abuso o aprovechamiento económico de una de las partes en detrimento de la otra.

Otro de los elementos de validez del contrato deriva de la interpretación a contrario sensu de la fracción III del artículo 1795 del Código Civil para el Distrito Federal, es decir la licitud de su objeto o motivo. Sobre ese particular nos encontramos con que el artículo 1839 de ese ordenamiento legal señala cuales son los hechos ilícitos que no pueden ser materia de los contratos cuando señala que: "Es ilícito el hecho que es contrario a la ley de orden público o a las buenas costumbres".

En Cambio, el dolo y la mala fé, como vicios del consentimiento que invalida un contrato se encuentran definidos por el artículo 1815 del Código Civil para el Distrito Federal que señala: "Se entiende por dolo en los contratos cualquier sugestión o artificio que se emplee para introducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes y por mala fé, la disimulación del error de uno de los contratantes una vez conocido". En consecuencia, en el dolo nos encontramos con una conducta activa y en la mala fé con una omisión.

Resumiendo todo lo anterior sostenemos que para que un contrato sea válido desde el punto de vista del elemento consentimiento, el mismo debe encontrarse libre de cualquier vicio de los señalados por la ley porque nuestro legislador tiende a establecer una igualdad entre las partes desde el punto de vista económico y jurídico impidiendo con la sanción de invalidez el abuso o aprovechamiento económico de una de las partes en detrimento de la otra.

Otro de los elementos de validez del contrato deriva de la interpretación a contrario sensu de la fracción III del artículo 1795 del Código Civil para el Distrito Federal, es decir la licitud de su objeto o motivo. Sobre ese particular nos encontramos con que el artículo 1839 de ese ordenamiento legal señala cuales son los hechos ilícitos que no pueden ser materia de los contratos cuando señala que: "Es ilícito el hecho que es contrario a la ley de orden público o a las buenas costumbres"..

lo que interpretado a contrario sensu nos lleva a concluir que para los efectos de la licitud del objeto, motivo o fin de los contratos es lícito el hecho que no es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres, lo que en el lenguaje de la práctica profesional se ha expresado como que es lícito todo lo que no está prohibido aún cuando en esa expresión quedarían fuera la contraposición a las buenas costumbres.

## II).- PRINCIPALES CLASIFICACIONES.

La conveniencia de clasificar los contratos obedece a necesidades de carácter didáctico y de interpretación. El estudio de un contrato puede facilitarse mucho si se hace en forma ordenada dentro del tipo especial de contratos al cual pertenezcan conforme a determinada clasificación y también se facilita su interpretación y comprensión general.

En nuestro trabajo se mencionan las diversas clasificaciones más comunes desde un punto de vista doctrinario tradicional y posteriormente se señala cual es el orden con que el actual Código Civil ha clasificado a los contratos que regula.

Encontramos una clasificación de los contratos atendiendo a las partes que intervienen en su celebración: los civiles, los mercantiles, los laborales y los administrativos. Los primeros, es decir los civiles son los que se celebran entre particulares en un plano de igualdad. Los mercantiles consisten en que las

partes que intervienen están realizando un acto de comercio. A diferencia de los contratos civiles, los contratos laborales corresponden al derecho público y por ende su esencial diferencia radica en la autoregulación de las relaciones privadas y la heteroregulación de las relaciones públicas las cuales se rigen por las leyes imperativas de orden público; esto es, el poder (limitado no bastante) de regirse a si mismo en el derecho privado y la necesidad de ser regulado por otro (por el Estado) en los vínculos de derecho público y ello se aprecia con claridad en la relación laboral, distinguiéndose así el contrato laboral del contrato civil.

Ahora bien, los contratos administrativos se diferencian de los civiles porque en ellos el Estado interviene en su función de persona de derecho público soberana en situación de supraordenación respecto del particular con el propósito de proveer la satisfacción de las necesidades sociales; su objeto y finalidad son peculiares: tiene por objeto la presentación de una obra pública o un servicio público y su finalidad es la de satisfacer necesidades colectivas, proporcionar beneficios sociales, etcétera.

Toca mencionar las diversas clasificaciones más comunes desde un punto de vista doctrinario tradicional que son las siguientes:

- a).- Los contratos unilaterales y bilaterales;
- b).- Los contratos onerosos y gratuitos;

- c).- Los contratos conmutativos y aleatorios;
- d).- Los contratos solemnes, formales y consensuales;
- e).- Los contratos reales y consensuales;
- f).- Los contratos principales y accesorios;
- g).- Los contratos instantáneos y de tracto sucesivo; y
- h).- Los contratos nominados e innominados.

Los contratos unilaterales y bilaterales. Tanto la doctrina como nuestro derecho positivo coinciden en señalar que el contrato unilateral es un acuerdo de voluntades que engendra únicamente obligaciones para una de las partes y tan solo derechos para la otra. Nuestro derecho en todos los Códigos Civiles de la República Mexicana plasma este criterio y en el Código Civil para el Distrito Federal lo encontramos en el artículo 1835.

En cambio en el artículo 1836 del mismo ordenamiento define el contrato bilateral como: "Aquel en que las partes se obligan recíprocamente". esto es como un acuerdo de voluntades que crea derechos y obligaciones para ambas partes.

Contratos onerosos y gratuitos. Por cuanto al resultado económico que deriva para las partes la celebración de un contrato, los tratadistas están de acuerdo en admitir la división de los contratos onerosos y gratuitos; teniendo como contrato oneroso aquel acuerdo de voluntades que impone provechos y gravámenes recíprocos y como gratuitos, el contrato

en que los provechos corresponden a una de las partes y los gravámenes para la otra.

Cabe mencionar que no deben de confundirse los contratos unilaterales con los gratuitos, ni los onerosos con los bilaterales. Una clasificación es desde un punto de vista estrictamente jurídico y la otra es desde un punto de vista económico; una atiende a las obligaciones y otra a los provechos y gravámenes que genera.

Contratos conmutativos y aleatorios. Estos contratos son una subdivisión de los contratos onerosos; se dice que es conmutativo cuando su resultado económico normal se conoce desde el momento en que el acto se celebra y las partes pueden apreciar si habrá de producirse un beneficio o una pérdida. Son contratos aleatorios aquellos en que las prestaciones que las partes se conceden o la prestación de una de ellas, dependen en cuanto a su existencia o monto, del azar, o de sucesos impredecibles de tal manera que es imposible determinar el resultado económico del acto en el momento de celebrarse ya que las partes no conocen de antemano si les producirá ganancias o pérdidas, esto se encuentra plasmado en el artículo 1838 del Código Civil para el Distrito Federal.

Contratos solemnes, formales y consensuales. Esta es otra clasificación importante por las consecuencias que tienen en cuanto a la validez o nulidad de los contratos que es la que los

distingue en solemnes, formales y consensuales. Para dar una definición diremos que son formales aquellos en los que el consentimiento debe manifestarse por escrito, como un requisito de validez, de tal manera que si no se otorga en escritura pública o privada, según el acto, el contrato estará afectado de nulidad relativa; por consiguiente, el contrato formal es susceptible de ratificación tácita o expresa; en la tácita se cumple voluntariamente y queda purgado el vicio y en la expresa se observa la forma omitida.

El contrato consensual en oposición al formal, es aquel que para su validez no requiere que el consentimiento se manifieste por escrito y por lo tanto, puede ser verbal o puede tratarse de un consentimiento tácito, mediante hechos que necesariamente lo supongan o derivarse del lenguaje mismo, que es otra forma de expresar el consentimiento sin recurrir a la palabra o a la escritura.

Contratos reales y consensuales. Generalmente la doctrina nos señala que los contratos reales son aquellos que se constituyen por la entrega de la cosa y en tanto no exista esa entrega sólo existirá un precontrato también llamado contrato preliminar o promesa de contrato. Sobre ese particular estiman que si las partes que pretenden celebrar un contrato real convienen en que la cosa materia de dicho contrato será entregada en el futuro, no ha celebrado un contrato real en esencia, ya que a ese acuerdo de voluntades sólo puede

llamarsele promesa de contrato, porque al momento de entregarse la cosa materia de este acuerdo de voluntades es cuando se constituye propiamente el contrato real. En contrapartida señala que son contratos consensuales aquellos en que no se necesita la entrega de la cosa para tener por celebrado el contrato, cuando se trata de distinguirlos de los contratos reales que sí precisan de dicha entrega.

Por otra parte, comunmente se utiliza el término consensual para definir aquellos acuerdos de voluntades que no requieren de formalidad alguna para su existencia, pues basta una simple manifestación verbal o tácita del consentimiento para su validez.

Contratos principales y accesorios. Se define a los contratos principales como aquellos que su existencia y validez no dependen de la existencia de una obligación preexistente o de un contrato previamente celebrado; es decir son contratos que tienen existencia por sí mismos; éstos, es decir los contratos accesorios son llamados también "de garantía" porque generalmente se constituyen para garantizar el cumplimiento de una obligación que se reputa principalmente y esta forma de garantía puede ser personal como la fianza, o real como la prenda y la hipoteca.

Contratos instantáneos y de tracto sucesivo. Comunmente se acepta como definición de los contratos instantáneos la de aquellos acuerdos de voluntades que se cumplen en el momento

mismo en que se celebra el contrato, es decir que el cumplimiento de las obligaciones por ambas partes se realiza en un mismo momento, teniéndose por ejemplo típico de ese tipo de contratos el de la compraventa al contado y la permuta. En cambio los contratos de tracto sucesivo son aquellos acuerdos de voluntades en que las prestaciones tienen su cumplimiento periódicamente y como ejemplos típicos de contratos de tracto sucesivo encontramos la compraventa a plazos y el arrendamiento.

Contratos nominados e innominados. Se dice que los contratos nominados son aquellos que están instituidos en las leyes. Son contratos reglamentados en el Código Civil u otros ordenamientos legales y sus consecuencias están prefijadas en tales normas generales. Los contratos innominados no instituidos en la ley son los que las partes diseñan originalmente para satisfacer sus intereses y necesidades particulares; también son llamados atípicos, estos tienen la misma fuerza y se rigen por las normas del contrato nominado con el que tengan mayor semejanza.

Desde el punto de vista del Maestro Miguel Angel Zamora y Valencia y el Código Civil vigente ha clasificado a los contratos de la siguiente manera:

- a).- El contrato preparatorio o promesa de contrato;
- b).- Los contratos traslativos de dominio como son la compraventa, la permuta, la donación y el mutuo;
- c).- Los contratos traslativos de uso, como el

arrendamiento y el comodato:

d).- Los contratos de prestación de servicios como el depósito, el mandato, el de prestación de servicios profesionales, el de obra a precio alzado y el de hospedaje;

e).- Los contratos asociativos como la asociación civil, las sociedades civiles y la aparcería;

f).- Los contratos aleatorios como el juego, la apuesta, la renta vitalicia y la compra de esperanza;

g).- Los contratos de garantía como la fianza, la prenda y la hipoteca; y

h).- El contrato de transacción

### III).- OTRAS CLASIFICACIONES.

Existen otros criterios para la clasificación de los contratos y nos encontramos con que el Maestro Rafael Rojina Villegas propone que exista la posibilidad de clasificar los contratos tomando en cuenta su función jurídica o económica; así se pueden formular tres categorías:

a).- Contratos que tienen por objeto una finalidad económica;

b).- Contratos que tienen por objeto una finalidad jurídica; y

c).- Contratos que tienen por objeto una finalidad jurídico-económica.

Debemos entender por finalidad económica la apropiación de una riqueza, su aprovechamiento, la utilización de un servicio;

Bonnecasse citado por Rafael Rojina Villegas dice que se pueden considerar dos fenómenos económicos que le importan al derecho patrimonial que son la apropiación de la riqueza y la utilización de los servicios, en el primer caso nos encontramos con la compra venta, la permuta, la donación y el mutuo, es decir, los contratos traslativos de dominio, ya que su objeto primordial consiste en la adquisición de bienes. En el segundo caso, es decir en la utilización de los servicios se comprenden aquí todos los contratos de trabajo, de prestación de servicios en general profesionales o no profesionales, el depósito.

Un tercer grupo corresponde a los contratos que tienen por objeto el aprovechamiento de una riqueza ajena. Desde este punto de vista nos encontramos con los contratos traslativos de uso como el arrendamiento y el comodato; sin confundir que en ellos existe simplemente el aprovechamiento y no la apropiación de una riqueza determinada. Por último el cuarto grupo es mixto y comprende los contratos que implican una apropiación y un aprovechamiento de la riqueza y una utilización de servicios a la vez para un fin común.

Los contratos que tienen por objeto una función exclusivamente jurídica, consistente en la preparación de un contrato o en la comprobación de un derecho o por último en la representación para actos jurídicos. Este grupo de contratos se clasifica:

- 1).- Los contratos preliminares, que tienen por objeto

preparar la celebración de un contrato definitivo, su función es estrictamente jurídica porque sólo se refieren a una obligación de hacer que consiste en celebrar un contrato en un plazo determinado;

2).- Los contratos de comprobación jurídica cuyo fin consiste en precisar derechos disputados o que puedan serlo, determinando el alcance de las obligaciones y derechos de las partes.

Los contratos que tienen por objeto una finalidad jurídico-económico es la última clasificación que nos menciona el citado autor; los contratos llamados de garantía que son la fianza, la prenda, y la hipoteca desempeñan una función jurídica que consiste en garantizar el cumplimiento de una obligación principal y los contratos que desempeñan una función jurídica, está formado por los de transmisión jurídica de obligaciones, este contrato puede tener como fin no solo la creación de derechos, sino también su transmisión como ocurre en la cesión de créditos y la subrogación convencional, figuras en las que existe una transferencia de derechos y en la cesión de deudas en las que hay una transmisión de obligaciones. Se cumple una finalidad jurídica y se prepara una económica que consiste en la adquisición del valor patrimonial que implica el derecho transmitido, por esto su naturaleza es mixta.

Clasificación de Giorgi, este autor parte de un punto de vista distinto, ya que no toma en cuenta la naturaleza del

objeto sino el propósito o finalidad que las partes se proponen al realizar el contrato; distinguiendo los siguientes propósitos:

a).- La transmisión de dominio que abarca contratos reglamentados en el Código Civil como la compra venta, la permuta, la donación, el mutuo y la sociedad. Pero en la clasificación de Giorgi, la sociedad se incluye en los contratos que denomina de finalidad común.

b).- La transmisión del uso abarca el arrendamiento y el comodato. En el primer caso se trata de una transferencia onerosa de uso o sea por el pago de un bien o dinero; y en el comodato la transmisión del uso es gratuita, existiendo una finalidad común que es la de conceder el uso de una cosa.

c).- La realización de un fin común, se refiere a los contratos que tienen una finalidad común por cuanto que las partes combinan sus intereses para lograr un fin económico o no pero de naturaleza común. En el contrato de sociedad se trata de alcanzar una finalidad misma entre los asociados pero no de carácter preponderantemente económico, debe ser científica, artística, literaria o de beneficencia.

d).- La prestación de servicios, esta categoría tiene por objeto obligaciones de hacer específicas o generales. Como en Planiol esta categoría comprende los contratos de trabajo y de prestación de servicios profesionales o no profesionales, el depósito y el mandato.

e).- La comprobación jurídica, esta tiene como finalidad comprobar determinados derechos, es decir el contrato únicamente tiene por finalidad fijar con certeza el alcance de determinados derechos controvertidos o que pudieran controvertirse. Este contrato generalmente constituye la transacción, pero puede también dar lugar al compromiso en árbitros. Aún cuando Giorgi lo enumera como un contrato que tiene por objeto la comprobación jurídica, en realidad el compromiso no es sino el medio para pactar un sistema arbitral que vendrá a determinar el alcance y la naturaleza de los derechos controvertidos. En cambio, la transacción si es un contrato que directamente tiene por objeto determinar cual es el contenido de determinados derechos que han sido objeto de litigio o que podrán ser disputados.

f).- La constitución de una garantía, es decir comprende aquellos contratos cuya finalidad es garantizar una obligación principal. Si la garantía es de carácter personal se denomina fianza y si es de carácter real toma el nombre de hipoteca o prenda.

Dentro de la doctrina francesa encontramos la clasificación de Planiol en la cual se distinguen los contratos en atención a la naturaleza de su propio objeto siendo en cierta forma la división fundamental de las obligaciones que desde el Derecho Romano se dividen en tres clases: dar, hacer o no hacer. Nuestro autor en cita nos dice que el objeto puede consistir en cosas, servicios y derechos, esto es el contrato puede tener por

objeto la transmisión de la propiedad o del uso de las cosas, la realización de un trabajo o simplemente la transferencia de un derecho.

Planiol sostiene que en estas categorías se pueden incluir todos los contratos reglamentados por los códigos y estas son:

1).- Los contratos que tienen por objeto cosas comprenden:

a).- los traslativos de dominio (permuta, venta, donación, mutuo y sociedad);

b).- los traslativos de uso (arrendamiento y comodato).

2).- En la segunda categoría, es decir, la de aquellos contratos que tienen por objeto la prestación de un servicio en forma onerosa o gratuita, se incluyen:

a).- Los contratos de custodia (depósito y secuestro). El depositario o secuestrario presta un servicio al depositante;

b).- El mandato, todas las formas del contrato de trabajo y también aquellas especialmente reglamentadas del Código Civil, como el contrato de obra y el de prestación de servicios profesionales, de tal suerte que se manifiesta como finalidad fundamental la realización de un servicio, lo que los autores italianos llaman contratos que tienen por objeto un *facere*.

3).- La última categoría se reserva para los contratos que

tienen por objeto la transferencia de derechos o de obligaciones; se incluye aquí la cesión de derechos, la subrogación, la cesión de deudas y la compra venta cuando se refiere a un derecho.

#### IV).- DIFERENCIAS ENTRE CONTRATOS CIVILES Y CONTRATOS MERCANTILES.

- a).- Los contratos mercantiles.
- b).- Su forma e interpretación.
- c).- Clasificación de los contratos mercantiles.

El Maestro Raúl Cervantes Ahumada, en su obra Derecho Mercantil nos dice: "que no hay diferencia fundamental en la estructura orgánica de unos u otros contratos, lo que explica, la tendencia a la unificación de las normas sobre esta materia y el logro de tal unificación en las legislaciones suíza e italiana. Aún en nuestro sistema que mantiene la dualidad de legislaciones, la legislación civil sobre contratos debe considerarse como telón de fondo del cual resaltarán algunas características o circunstancias accidentales, cuando el contrato adquiera la calidad mercantil". (10) Concluyendo de tal manera que no existen diferencias esenciales.

Ahora bien, nuestro autor en cita nos da una noción de contrato mercantil diciendo que: "como este es un acto de

(10) CERVANTES Ahumada, Raúl: "Derecho Mercantil"; Edit. Herrero, S.A.; 4a. Ed.; México 1984; p. 523.

comercio, constituye una categoría jurídica formal; serán mercantiles, según ya indicamos los contratos a los que la ley atribuya la mercantilidad". (11)

Por otra parte encontramos que el Maestro Omar Olivera de Luna en su obra Contratos Mercantiles nos habla de la importancia de la expresión en la cual no se encuentran en el calificativo "mercantil", sino en el concepto de contrato que en su esencia no difiere del que consideramos civil, privado o común; y así, si sabemos que el contrato es el acuerdo de dos o más personas para crear derechos y obligaciones, siendo entonces esta definición aplicable a los contratos que por su forma o características accesorias llamamos "mercantiles".

Nuestro autor nos menciona que: "para distinguir a los contratos civiles de los contratos mercantiles debemos tomar en cuenta los diversos criterios emitidos por otros tratadistas, tales criterios pueden ser: que son mercantiles los contratos regulados por los Códigos de Comercio y no por los Códigos Civiles; que son mercantiles los contratos en los que una o más partes tienen legalmente el carácter de comerciantes; que son mercantiles los contratos que dan lugar a procedimientos judiciales supuestamente más ágiles que los contratos civiles; que son mercantiles los contratos en que su objeto acusa más

(11) Idem.; pp. 524 y 525.

claramente su finalidad económica, etcétera". (12)

Coincidiendo con el Maestro Cervantes Ahumada, decimos que no existe diferencia alguna entre los contratos civiles y los contratos mercantiles, ya que se ha tratado de hacer esta división o diferencia porque consideramos que los especialistas en derecho mercantil quieren considerarlo como una rama independiente del derecho civil.

#### a).- LOS CONTRATOS MERCANTILES.

Tomando las bases que nos proporciona el derecho común podemos afirmar que los contratos mercantiles "son convenios que producen o transfieren derechos y obligaciones de naturaleza mercantil". El consentimiento y el objeto que pueden ser materia del contrato son elementos esenciales para su existencia y pueden ser invalidados por incapacidad legal de las partes, por vicios en el consentimiento, por ilicitud en su objeto, motivo o fin, porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la ley establece.

El contrato atraviesa esquemáticamente tres fases o momentos que son: la propuesta, la aceptación y el perfeccionamiento. La primera fase, es decir, la propuesta es una manifestación de voluntad con la cual el proponente concede a su destinatario el poder de dar vida al contrato mediante la

(12) OLVERA de Luna, Omar; "Contratos Mercantiles"; Edit. Porrúa, S.A.; 2a. Ed.; México 1987; p. 1.

aceptación, por lo consiguiente, la propuesta debe contener en sí todos los elementos del contrato que se va a celebrar y precisamente debe: a).- expresar una voluntad seria de contratar, esto es que no debe ser hecha en broma o por mera jactancia o ir acompañada de las cláusulas "sin obligación", "con reserva" u otras semejantes o bien ser hechas en forma provisional; b).- tener todos los requisitos de forma y de contenido propios del contrato que se quiere celebrar. Así por ejemplo si el contrato requiere la forma escrita la propuesta debe ser hecha por escrito; c).- la propuesta debe dirigirse a un destinatario, el cual podrá ser una persona determinada o indeterminada, es decir, toda persona que quiera aceptar caso que se llama oferta al público.

Cuando la voluntad de una persona se manifieste y vaya orientada a celebrar un contrato y no contenga todos los elementos necesarios, no estamos hablando de propuesta de contrato, sino que nos estamos refiriendo a una simple invitación para ofrecer, la cual no es obligatoria.

La propuesta tiene una vigencia en el tiempo y una vez que ha transcurrido éste, pierde toda eficacia; esto se da porque el proponente no puede quedar obligado indefinidamente por una parte y por la otra las necesidades del tráfico mercantil impone que se fije un término, el cual puede ser convencional o legal, aunque es más frecuente el primero.

Otra de las fases del contrato es la aceptación, la cual debe ser clara para que no exista duda de que la voluntad del aceptante es la de adherirse a la propuesta u oferta. El aceptante debe ser destinatario de la propuesta, salvo la oferta al público en la que no se precisa un determinado destinatario; por otra parte, la aceptación debe dirigirse precisamente al proponente u oferente ya que si va dirigida a una persona diversa no tiene fuerza de aceptación.

Cualquiera que sea la forma de aceptación, debe ser lisa y llana, toda vez que el artículo 1810 del Código Civil nos dice que el proponente quedará libre de su oferta cuando la propuesta que reciba no sea una aceptación lisa y llana, sino que importe modificación de la primera, ya que la respuesta quedaría como nueva proposición.

Por último el perfeccionamiento, que es la tercera fase del contrato y este se da cuando la propuesta de una parte y la aceptación de la otra coinciden y armonizan entre sí, sin embargo, se debe distinguir el perfeccionamiento entre presentes y entre ausentes.

La oferta sin plazo entre presentes no presenta dificultad porque es aceptada inmediatamente, en caso contrario queda desligado el proponente; esto se da de acuerdo a lo que establece el artículo 1805 del ordenamiento citado. En el segundo caso, es decir, el perfeccionamiento entre ausentes, si

la oferta se hace sin plazo a una persona ausente, el proponente queda obligado a sostenerla durante tres días más el tiempo necesario para ida y vuelta por correo de la propuesta y la aceptación.

Los contratos celebrados por correspondencia, quedan perfeccionados desde que se conteste aceptando la propuesta, si se trata de contratos mercantiles, según establece el artículo 80 del Código de Comercio.

b).- SU FORMA E INTERPRETACION.

El Maestro Vittorio Salandra, en su obra Curso de Derecho Mercantil nos dice que: " La forma es entendida como el medio exigido por la ley para la manifestación de voluntad de las partes". (13)

Es principio propio de los contratos mercantiles, la libertad de las formas. Las partes pueden manifestar su consentimiento en la forma que más oportuno les parezca sin embargo, algunos negocios jurídicos necesitan cubrir los requisitos que establece la ley como por ejemplo la escritura para la validez del negocio; para que produzca efectos la voluntad de las partes debe de manifestarse de una determinada manera. El principio de libertad de forma está considerado en el

(13) SALANDRA, Vittorio: "Curso de Derecho Mercantil"; Trad. de Jorge Barrera Graf; Edit. Jus; México 1949; p. 37.

artículo 78 del Código de Comercio y la aceptación en el artículo 79.

La actividad mercantil es una acción que debe realizarse con la rapidez necesaria de los negocios, de tal suerte que ello justifica la libertad de forma para contratar; por el contrario en otras ocasiones es la forma del negocio lo que permite la rapidez en su ejecución, aunque si bien la forma mira a la protección del negocio mismo y de los terceros, como es el caso del contrato de sociedad que exige la escritura pública o en materia de títulos de crédito documentos que deben contener por escrito ciertos elementos.

Hablando de la interpretación del contenido de los contratos, nos dice el Maestro Omar de Luna que: "si la voluntad de las partes es la esencia del contrato desentrañarla del contenido de éste debe ser actitud y operación previa a cualquier otra como será, en su caso la interpretación judicial o legal, naturalmente ejercitada por el juez que quien deberá respetar en todo caso la buena fe como norma para su labor: así se ha dicho que sería equivocado por parte del órgano judicial iniciar su interpretación de un contrato aplicando supuestos y construcciones jurídicas: es sólo hasta que ha agotado ese criterio emanado de la buena fe de los contratantes, cuando el intérprete podrá ir al encajonamiento del contrato del casillero que conforme a la ley pudiera corresponderle y aún más si fuere necesario: llevar el instrumento al campo de la doctrina

jurídica, y a los usos y costumbres mercantiles". (14)

c).- CLASIFICACION DE LOS CONTRATOS MERCANTILES.

Arturo Fuente y Flores y Octavio Calvo Merroquin nos dan una clasificación de los contratos mercantiles a saber: "unilaterales y bilaterales; onerosos y gratuitos; conmutativos y aleatorios; y consensuales, reales y solemnes.

El primer grupo, los contratos unilaterales, se dan cuando se obliga a una sola de las partes; ejemplo el préstamo mercantil, el depósito bancario de dinero; se dice que es bilateral cuando las dos partes se obligan recíprocamente. Los contratos bilaterales también se llaman sinalagmáticos ejemplos la compra venta mercantil y la cuenta corriente.

El segundo grupo se encuentra integrado por los contratos onerosos y gratuitos, en los primeros las partes estipulan provechos y gravámenes recíprocos, ejemplo la permuta mercantil. Los segundos, es decir los contratos gratuitos son aquellos en los que el provecho es solamente de una de las partes ejemplo el comodato.

El tercer grupo de los contratos conmutativos se dice que son aquellos en que las prestaciones que se deben las partes son ciertas desde que se celebra el contrato, de tal suerte que

(14) OLVERA de Luna, Omar: Op. Cit.: pp. 4 y 5.

ellas pueden apreciar inmediatamente el beneficio o la pérdida que éste les cause por ejemplo el contrato de transporte, de comisión y la mayor parte de los contratos mercantiles. Y de los contratos aleatorios que se dan cuando la prestación debida depende de un acontecimiento incierto que hace que no sea posible la evaluación de la garantía o pérdida, sino hasta que ese acontecimiento se realice. ejemplo el contrato de seguro respecto del asegurado. Esta clasificación de contratos conmutativos y aleatorios sólo es aplicable a los contratos onerosos.

Por último el cuarto grupo de los contratos consensuales son los que se forman por el sólo consentimiento de las partes. ejemplo la compra-venta mercantil. Los contratos reales son los que además del consentimiento para su perfeccionamiento requieren la entrega de la cosa, ejemplo el depósito mercantil ordinario y el reparto. El contrato solemne o mejor dicho los contratos solemnes son los que requieren determinada forma externa prescrita por la ley, sin la cual el consentimiento no tiene eficacia, ejemplo el contrato de sociedad mercantil". (15)

(15) FUENTE y Flores, Arturo y CALVO Marroquín, Octavio; "Derecho Mercantil"; 25a. Ed.; Edit. Banca y Comercio. S.A.; México 1979; P. 265 y 266.

## C A P I T U L O   I I

### BREVES ANTECEDENTES DE ASOCIACION EN PARTICIPACION

A)    GRECIA

      ROMA

      EDAD MEDIA

B)    EVOLUCION DE LA ASOCIACION EN PARTICIPACION

      FRANCIA

      ITALIA

      ALEMANIA

      BELGICA

BREVES ANTECEDENTES DE ASOCIACION  
EN PARTICIPACION

Con el fin de ubicar debidamente el tema de nuestro estudio en el tiempo, precisaremos hacer mención de sus antecedentes históricos.

Se ha dicho que esta asociación es probable que haya existido siempre a lado de la común o primitiva; es posible que una figura jurídica semejante a este tipo de asociación existiera en Babilonia, amparándose en los preceptos breves pero amplios del Código de Hamurabi, que se refieren al contrato de asociación. Algunos autores nos dicen que aunque no se mencione en el Código, parece aprobada la existencia de una sociedad semejante a la sociedad en comandita, pues se trataba de un suministro de fondos, y además una participación a los beneficios y como en Babilonia la sociedad no tenía la personalidad civil, ésta especie de comandita se parecía mucho a la asociación en participación pues sólo un socio se conocía en las relaciones externas.

a).- GRECIA.

El Maestro Solà de Cañizares Felipe nos cuenta que: "en

Grecia existieron numerosas sociedades y asociaciones y todas ellas se organizaban libremente como deseaban los fundadores y gozaban de la personalidad jurídica, pero esta personalidad no resultaba de una imposición legal sino de la voluntad de los socios o asociados, de suerte que éstos podían crear una sociedad o asociación sin personalidad jurídica. Con lo anterior podíamos afirmar la existencia de la asociación en participación en Grecia. (16)

#### ROMA.

Los romanos designaban a la asociación con diferentes nombres: "societas, ordo, sodalitas o sodalicium, collegium, corpus, universitas". Los segundos eran utilizados con frecuencia y además no eran empleados exclusivamente para indicar asociaciones. Las "sodalitas" era una asociación de tipo religioso, caracterizada por la unión de sus miembros en un banquete y de ahí viene su nombre. En rigor el "collegium" se presentó como una asociación constituida con fines de culto y precisamente por medio del estado. El término "collegium" llegó a generalizarse, viniendo a comprender las que antes se llamaban "sodalitates". "Corpus" y "Universitas" fueron los más usados y al mismo tiempo los únicos que atribuían la calidad de persona jurídica a la asociación.

(16) SOLA de Cañizares, Felipe: "El Contrato de Participación en el Derecho Español y en el Derecho Comparado"; Edit. Revista de Derecho Privado; Madrid 1954; p. 5

Para que existiera una asociación era necesario los siguientes requisitos:

a).- La reunión en el momento constitutivo de tres individuos cuando menos: "tres faciunt collegium" pues sólo así puede tener lugar una deliberación por mayoría.

b).- El estatuto o ley: "lex collegii". "lex municipii" que regula la organización y el funcionamiento.

c).- El fin lícito sea cualquiera la actividad a desarrollar; profesional, cultural, religiosa, etcétera.

Juan Iglesias nos dice que: "cuando se dan tales supuestos la asociación existe como sujeto dotado de personalidad jurídica, no es preciso en modo alguno el reconocimiento expreso por parte del Estado, aunque es éste quien autoriza o prohíbe su constitución basándose en la licitud o ilicitud del fin". (17)

Las Doce Tablas permitían que las asociaciones "collegia y sodalitates", elaborasen su propio estatuto, siempre y cuando no fuere contrario al derecho público: "domne quid ex publica lege corrumpant".

En los últimos tiempos de la República se implantó un (17) IGLESIAS, Juan: "Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado": 6a. Ed.; Edit. Ariel-Barcelona-Caracas-México.; México 1979; pp. 161, 162 y sig.

criterio restrictivo a causa, sobre todo, de que la mayoría de y sodalicios religiosos. Entonces imperaron formando partido las asociaciones que actuaban bajo un régimen estrictamente apegado a la realidad, disolviéndose las asociaciones que se oponían a funcionar conforme a la ley; dicha disolución alcanza bajo César y Augusto a numerosas asociaciones convertidas en focos de corrupción política y sociales.

La Ley Juliana de Asociaciones aprobada por los Comicios a propuesta de Augusto según parece disolvió las asociaciones existentes, salvo las de más antigüedad y tradicional naturaleza y sometió la creación de las nuevas, caso a caso, a la autorización del Senado o Príncipe. Ciertas asociaciones de tipo fúnebre "collegia funeraticia" por ejemplo fueron autorizadas en conjunto por medio de Senadoconsultos.

Según Grandi: "En la "admissio o assumptio" se encuentra un remoto antecedente de nuestro contrato. Dicha admisión o aceptación se realizaba con gran sigilo, pues al entrar el nuevo socio, los demás ni siquiera se enteraban del monto de su cuota"  
(18)

Otros autores no reconocen en esta forma de contrato a la asociación en participación, pues afirman que existió como un contrato independiente de la "assumptio" desde tiempos remotos.

(18) GIOVANNI Grandi, Salvatore: "L'Associazione in Partecipazione": Edit. Giuffrè: Milan 1939; p. 8

Son Delangle, Saglier y de Folleville, quienes sostenían que: " La asociación en participación era utilizada frecuentemente por los romanos, sin embargo no se codificó por que era practicada usualmente por extranjeros y peregrinos; posteriormente se consideró que no era digna de entrar en la fórmula del derecho civil" (19)

Poulle, citado por Grandi afirma que: "Si la falta de documentos y la obscuridad de los textos no permiten establecer de una manera clara y segura la existencia de la asociación en participación en Foma, esto no prueba, sin embargo que la asociación misma sea una invención moderna como afirma Stracha, también Caroselli, admite que es imposible afirmar que los romanos conocieron y practicaron la asociación en participación, aún cuando las "societates vectigalium" -sociedades tributarias- tuvieron una participación en los contratos o adjudicaciones de los ingresos públicos con aportaciones del impuesto a la sociedad, sin que existieran relaciones con el Estado, ni tampoco aparecieran frente a terceros. A pesar de estos motivos, no por eso podrán considerarse dentro de este tipo asociativo a la asociación en participación". (20)

Roesles citado por Caroselli respecto a las "heres non adscitus" afirma que: "El socio muerto que haya pertenecido a

(19) DELENGLE, SAGLIER y de FOLLEVILLE - Citados por GIOVANNI Grandi, Salvatore; Op. Cit. p. 9

(20) POULLE -Citado por GIOVANNI Grandi, Salvatore; Op. Cit. p.9

una asociación tributaria ya no puede ser considerado socio activo, pero si considerarsele participe tanto de las utilidades como de las pérdidas, según el resultado de la gestión, sin que esto quiera decir que la figura de la "heres non adscitus" - sucesión no tomada en cuenta- coinciden con aquella figura del "particeps", puesto que es muy diferente ser socio activo a participante respecto de las pérdidas o ganancias que se tengan al término de un negocio". (21)

Caroselli afirma que: "aún cuando se admitió la existencia con los romanos de un instituto análogo a la participación no se podrá concluir que las raíces de la forma moderna deban ser encontradas en los moldes del Derecho Romano". (22)

Caido el Imperio Romano y con él todo su sistema económico, se perdieron las huellas de las instituciones que aquel derecho reconoció y quienes en aquella época impulsaron esa actividad mercantil (que sin duda debió desarrollarse en subordinación a las diversas condiciones tanto históricas como económicas: dieron origen y vida autónoma a instituciones como la "Commenda", la "accomandita" y la "columna", las que aún cuando conservaron en parte las fórmulas del derecho tradicional, resultan perfectamente diferenciadas.

(21) CAROSELLI, Oscar; "L' Associazione in Partecipazione"; Edit Cedam; Padova, Italia 1930; p. 9

(22) CAROSELLI, Oscar; Op. Cit; p.10

Continúa Caroselli diciendo que: "con esto, no se pretende excluir la posibilidad de que la participación pudieran también configurarse conforme al Derecho Romano, se pretende simplemente afirmar que las fuentes no ofrecen contratos como punto de apoyo para una segunda referencia ". (23)

#### EDAD MEDIA.

Como hemos visto no todos los autores coinciden en ubicar el antecedente de la asociación en participación en el Derecho Romano: en cambio, la mayoría de ellos están acordados en situar como época de nacimiento de esa institución el medievo.

Dos razones contribuyeron poderosamente a generar el nacimiento de la asociación en participación en este período histórico: una representada por el intenso tráfico marítimo que se efectuaba en la cuenca del Mediterráneo y en especial en los litorales italianos y franceses; la segunda que no tiene el carácter comercial, sino político-social, que se dió atento el orden de ideas que privaba a aquellos entonces.

Como se recordará el interés fijado a los préstamos alcanzó proporción tan desmedida que el Clero pretendió suprimir dichos abusos, dictó disposiciones tendientes a regular el interés y suprimir la usura. Por otra parte la nobleza considerando indigna la actividad mercantil y como consecuencia de ello, no

(23) Idem; p. 12

obstante su deseo de participar en el ámbito de los negocios, se abstenía de hacerlo directamente por lo que idearon la manera de invertir su dinero en empresas o actos de comercio, sin que figurara su nombre ni se supiera quien era el verdadero propietario del dinero o de las mercancías que serían objeto de transacción en el mercado.

De ahí que Grandi exprese que: "Además de las causas económicas existen otras razones de carácter eventual como las leyes canónicas, que prohibían la usura y no autorizaban el préstamo a interés, también el impedimento a dedicarse a los negocios por considerarse indigno de algunas clases sociales, llevaron a las personas que disponían de dinero a efectuar operaciones fructíferas sin que por ello se expusieran a la pena de las leyes así como a romper los convencionalismos sociales entonces existentes". (24)

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

El Maestro Joaquín Garrigues en su obra Curso de Derecho  
(24) GIOVANNI Grandi, Salvatore: Op. Cit.: p.12

Mercantil considera que: "El origen remoto de esta institución está en la antigua commenda; participación de un capitalista (commendator) en la especulación de un negociante (factor) encomendándole mercancías para la venta o dinero para la compra; también reconoce el mismo origen a otra, la sociedad en comandita pero afirmando que la forma originaria de la "commenda" está más de acuerdo con la fisionomía moderna de la asociación en participación". (25)

La forma social, aparece cuando ambos contratantes aportan capital (aquí hay un socio capitalista-socio pecuniare y un socio capitalista e industrial-socio industria et pecunias). A partir de este momento, se dibujan claramente las dos especulaciones que conducen respectivamente, a las sociedad en comandita y a la asociación en participación; en una de ellas (acommandita) el capitalista se manifiesta al exterior como participe en el negocio y es responsable frente a los acreedores, su nombre es inscrito en los libros de la sociedad y el contrato social a veces en el registro mercantil (compagnia palese); y en la otra (participation) el capitalista permanece oculto para los terceros, en responsabilidad frente a ellos, no hay firma social, el negocio se muestra externamente como un negocio individual del comerciante (compagnia secreta). Este tipo de compañías viene a ser el antecedente directo de la asociación en participación que conserva la esencia de la

(25) GARRIGUES, Joaquín: "Curso de Derecho Mercantil"; 7a. Ed.; Realizada por Alberto Bercovitz.; Reimpresión; T. I.; Edit. Porrúa, S.A.; México 1979.; p. 118.

antigua commenda, mientras que la sociedad en comandita sólo conserva el nombre.

El autor Faustino Alvarez del Manzano sostiene que: "La asociación mercantil en general estuvo en uso desde los tiempos más antiguos aplicada especialmente al comercio marítimo". (26)

El Guidón de la Mer y la Ordenanza de la Marina de Colbert hablan de la asociación entre el propietario del buque y el proveedor de viveres; la misma ordenanza trata de la asociación entre el propietario o el naviero y la tripulación sobre el flete o sobre la mercancía.

El Derecho Estatutario reguló la commenda cuyo carácter esencial era el ser una asociación en que el capitalista buscaba el medio de hacer productivo su dinero o sus efectos y en el que el asociado gerente ponía de su parte el trabajo y obraba en nombre propio; las funciones del asociado gestor, era una veces libres y otras limitadas; al término del viaje el asociado gerente rendía cuentas de su gestión, restituía el capital y deducía los gastos, se prorrataban las ganancias. Cuando el asociante gerente no ponía más que su trabajo en la empresa, recibía ordinariamente una cuarta parte proporcional en las otras tres cuartas partes.

(26) ALVAREZ Del Manzano, Faustino: "Tratado del Derecho Mercantil Español Comparado con el Extranjero": T. II: Edit. Bosch: Madrid 1916; p.713 y sig.

Alvarez del Manzano continúa diciendo que: "existían formas de "commenda" como el contrato de "pacotilla" que era una asociación entre el hombre del mar ajustado al flete y un tercero a quien cedía su parte en la capacidad del buque; otra era el "contratto di colonna" que consistía en la asociación entre el naviero, la tripulación y los cargadores para el reparto de los gastos y utilidades del viaje". (27)

b).- EVOLUCION DE LA ASOCIACION EN PARTICIPACION.

FRANCIA.

Las asociaciones existieron desde la Edad Media en algunas villas marítimas de este país. Aparecieron con el nombre de "sociedad anónima" bajo el imperio de la Ordenanza de 1673 por lo que Savary dice que: "al respecto la asociación carece de nombre y no es conocida de las personas, no interesa de manera alguna al público. Todo lo que se hace en la negociación no importa más que a los asociados de razón al derecho de cada uno y no se les obliga con ningún tercero. El que obra es el único obligado y los demás que intervienen lo están reciprocamente sin tener en cuenta nada la existencia de la sociedad". (28)

Así, divide o relaciona cuatro clases de asociaciones en participación, a saber:

1).- Las cuentas en participación en forma semejante a como se conciben en la actualidad;

(27) Idem.; p. 716.

(28) SAVARY- Citado por F. Arthuys; "Traite Des Societes Commerciales"; T. I: 3a. Ed.; Paris 1916; p. 15.

2).- La asociación que forman los comerciantes para evitar el alza del precio de alguna mercancía adquiriéndola en nombre propio y dividiéndola en la proporción previamente establecida;

3).- La sociedad de monopolio, si se ponen de acuerdo varios comerciantes para vender determinada mercancía a un precio que no sea menor al designado en el convenio; y

4).- Acuerdo de varios comerciantes para comprar una mercancía en el extranjero y revenderla en la patria asumiendo uno de ellos el cargo de terminar el negocio en su propio nombre, denominándosele a esta forma "solamente para una compra".

A las tres últimas se les llama también "sociedad anónima o momentánea". En el mismo sentido se le expresa Pothier al decir que la sociedad anónima ignorada que se llama cuentas en participación, es aquella por la cual dos o más personas comparten pérdidas y ganancias de una cierta negociación, operaciones que serán hechas por una de ellas a nombre propio y nos da un ejemplo "yo traigo una cierta partida de mercancía para revender, no teniendo los fondos necesarios para realizar solo este negocio, yo os propongo por medio de una misiva si vos queréis entrar conmigo al negocio; yo me hago responsable del negocio y vos me proporcionaréis los fondos necesarios, en consecuencia, yo hago el negocio solo a mi nombre; esta es una sociedad que es contratada entre nosotros en la cual yo soy el asociado desconocido".

No es sino al surgir el derecho mercantil como cuerpo de normas jurídicas, cuando podemos afirmar que comienzan los lineamientos precisos de la asociación en participación tanto en el tráfico marítimo como en el terrestre: con caracteres imprecisos aparece en el Código Napoleónico que la trata sólo en relación a una o más aportaciones comerciales.

Ahora bien, respecto de su funcionamiento se dice que un individuo llamado gerente, realiza actos de comercio o explota un fondo comercial por cuenta de la sociedad formada por él y otras personas y deberán participar tanto de las ganancias como de las pérdidas y con relación a los terceros dicho gerente actúa en nombre propio. La sociedad en participación se forma por un simple contrato que puede probarse por todos los medios sin necesidad de que sea escrito y no está sujeto a ninguna forma de publicidad. Esta sociedad no tiene existencia externa con respecto a los terceros, ni tiene razón social o patrimonio.

De esta breve exposición se deduce que la asociación en participación es para los franceses una asociación comercial en participación, considerada también sociedad de personas, muy similar a la comandita pero que se distingue de ésta por su carácter oculto. Su aspecto general es análogo a nuestro contrato, salvo que en nuestro derecho se exige la formalidad de que debe constar por escrito.

## ITALIA.

Nuestro autor Grandi explica que para algunos autores antiguos la asociación no es sino un contrato momentáneo relativo a alguna operación pasajera. Dice que: "la equidad y la calidad de las operaciones así como la existencia previa de los negocios eran aceptadas por la mayoría de los autores, en tanto que hoy tales principios se consideran erróneos. Era también esencial la condición de que la asociación en participación quedara oculta y bastaba fuera conocida por terceros para dejar de serlo. Posteriormente se admite que debe ser oculta en el sentido de no aparecer oficialmente frente a terceros y actualmente la ocultación no es considerada como una obligación necesaria". (29)

Galluppi y Borsari, citados por Grandi señalan como característica de la asociación en participación las acciones individuales y el lucro común.

Giriodi, es citado también por Grandi, critica además la definición de nuestro autor porque hace mención de las "operaciones comerciales determinadas" y Gasca se olvida de comprender la totalidad del comercio. Giriodi define a la asociación en participación como una institución recíproca.

Para Vidari la asociación en participación es un contrato

(29) GIOVANNI Grandi, Salvatore; Op. Cit.; p. 15.

social y admite la existencia de un fondo común; pero esta definición también ha sido criticada por diversos autores; aunque las anteriores definiciones representan la evolución más reciente que del concepto de asociación en participación se tiene en Italia, siendo aceptadas por diversos autores entre los cuales se encuentran: Bolaffio, Vivante, Mossa, Pelsmaeker, Pagani, Ascarelli y Giura.

Para Gregorio la asociación en participación es una relación asociativa que presupone una gestión personal exterior de negocios singulares o de un establecimiento, con una responsabilidad exclusivamente personal sobre la gestión, cuyos resultados determinan el contenido de los derechos de crédito de aquellos que han sido admitidos, tanto oculta como manifiestamente, a partir en las utilidades y en las pérdidas de dicha gestión.

Agrega que existe una asociación en participación aún cuando todos los medios económicos necesarios sean proporcionados por el asociante siempre que se quiera una responsabilidad de los asociados por pérdidas eventuales.

El artículo 233 del Código de Comercio Italiano derogado, definía a la asociación en participación diciendo que esta tiene lugar cuando un comerciante o una sociedad comercial da a una o varias personas o sociedades, una participación en las utilidades y en las pérdidas de una o varias operaciones o

tambièn de su entero comercio.

#### ALEMANIA.

La "commenda" conocida en los países latinos se encuentra tambièn en el norte de Europa y seguramente alcanzò gran importancia a causa del tràfico marítimo que en esa regiòn existía. Ya hemos visto que esta instituciòn fuè más conocida en las ciudades costeras, sin que por eso debamos pensar que existió primero el tràfico marítimo y más tarde pasó al terrestre, es conveniente advertir que la instituciòn apareció simultáneamente en ambos.

Existieron en Alemania dos especies de asociaciones, la constituida con la aportaciòn unilateral de capital y la que se integraba con aportaciones que hacían ambas partes.

En este país, la doctrina dominante considera a esta instituciòn como una "Sociedad Tácita", siendo paridarios de ella diversos autores como entre ellos Bauer, Ellinger, Goldmann, Lehmann, Loewy.

La constituciòn de una sociedad tácita tiene lugar por un simple acuerdo contractual entre los socios con arreglo al derecho de sociedades civiles. No necesita por regla general de forma especial alguna y puede permanecer en secreto.

Respecto a las relaciones externas, la sociedad tácita no

deja huellas, según esto, carece de firma o razón social. Dicha sociedad además, carece de representante, es decir que todos los negocios jurídicos que realice se harán únicamente por el empresario y en caso de que los efectúe un representante, siempre obrará en nombre de aquel. La sociedad tácita carece también de patrimonio social, pues todo el destinado a la industria no pertenece conjuntamente al empresario y al socio tácito sino por regla general siempre pasa a ser propiedad exclusiva del empresario. Tal sociedad tampoco tiene deudas sociales, aunque sí soporta las llamadas por los alemanes "deudas negocio".

Toca al empresario responder por sí solo de las obligaciones que se originen en las explotaciones del negocio social. No hay por tanto responsabilidad solidaria con respecto a los demás socios.

El que en nuestro derecho se menciona con el nombre de "participante o asociado" es llamado por los alemanes "socio tácito" y respecto al mismo dice lo siguiente: "Es aquella persona que en virtud de un contrato social, concede o entrega a un comerciante una aportación patrimonial para que sea empleada en su industria, estipulándose como indemnización una participación patrimonial para que sea empleada en su industria, estipulándose como indemnización una participación en las ganancias de la explotación, sin que por esto pase a ser copropietario de la misma; el socio tácito existe o auxilia

mercantilmente a un determinado comerciante en el ejercicio de su industria, más no con trabajo sino con capital.

Contrastan principalmente con el socio tácito, los socios de un no comerciante y las personas que participan en las ganancias de una explotación mercantil, no como socios, sino como prestamistas ocultos.

En realidad el socio llamado tácito viene a ser "el auxiliar capitalista del comerciante".

Toda persona dedicada habitualmente al comercio esta facultada para admitir a un socio tácito. Personalmente el socio tácito con su carácter de tal, no puede considerársele como comerciante; no pasa a ser copropietario de la explotación dirigida del empresario, sino que la empresa ha de seguir exclusivamente bajo el nombre de aquel. A dicho empresario en relación con el socio tácito se le designa como "socio complementario".

Después de esta breve exposición vemos que la sociedad tácita presenta caracteres similares a la participación, sin embargo, son de notarse principalmente las siguientes diferencias:

a).- En la participación puede aportarse tanto capital como servicios, en la sociedad tácita únicamente se aporta capital:

b).- Los acreedores del asociante pueden en la participación ejercitar la acción oblicua contra el asociado; en tanto que los acreedores del gestor o socio complementario en la sociedad en comparación, no tienen ninguna acción contra el socio tácito que no haya hecho su aportación.

#### BELGICA.

En este país bajo la influencia de la doctrina francesa, que discutía si la participación se refería a unas operaciones determinadas o si era simplemente una sociedad oculta, se quiso reglamentar ambas formas sociales y la ley del 18 de mayo de 1873 reconoció la asociación comercial en participación y también la asociación momentánea.

Al celebrarse los códigos de los países latinoamericanos se reglamentó la participación con denominación y fórmulas diversas. Y en cuanto al derecho inglés nunca se reglamentó, figura inexistente en la legislación inglesa aún cuando existe la posibilidad del socio oculto o durmiente (dormant partner o sleeping partner) aunque es una fórmula que no tiene aplicación práctica por cuanto existe siempre el peligro de que los Tribunales puedan considerar al socio oculto como un socio ordinario por aplicación de la teoría del estoppel. Antes de introducirse en Inglaterra la Limited Partnership en 1907, se acudía con alguna frecuencia a la fórmula del sleeping partner o dormant partner, expresiones que designan también al

comanditario. Por la limited partnership hizo innecesario esta fórmula y además en la práctica se prefiere utilizar la private company.

**C A P I T U L O   I I I**  
**C O N T R A T O   D E   A S O C I A C I O N**

- I)      C O N C E P T O
- II)     C A R A C T E R I S T I C A S
- III)    E L E M E N T O S   E S E N C I A L E S   Y   D E   V A L I D E Z
- IV)    F U N C I O N A M I E N T O   D E   L A   A S O C I A C I O N
- V)     D E R E C H O S   Y   D E B E R E S   D E   L O S   A S O C I A D O S
- VI)    E X T I N C I O N   D E   L A   A S O C I A C I O N   Y  
      S U S   C O N S E C U E N C I A S

## CONTRATOS DE ASOCIACION

### 1).- CONCEPTO.

El Maestro Rafael de Pina, en su obra Elementos de Derecho Civil Mexicano, nos habla del concepto del contrato de asociación, diciendo que: "la palabra asociación tiene un doble significado: el lato y el restringido". (30)

El significado lato comprende toda agrupación de personas físicas, realizadas con un cierto propósito de permanencia, para el cumplimiento de una finalidad cualquiera de interés común para los asociados, siempre que sea lícito y dentro de éstos se encuentran los sindicatos, las asociaciones, las cooperativas, etcétera, es decir, cualquier manifestación del fenómeno asociativo.

El significado restringido de la palabra asociación se entiende a su vez de dos maneras: como asociación de interés público y como asociación de interés privado, dando a lo público y a lo privado el sentido que el derecho les atribuye corrientemente. Así puede hablarse de corporación de tipo político, religioso, económico, deportivo, cultural, artístico, etcétera.

(30) DE PINA, Rafael: "Elementos de Derecho Civil Mexicano"; Vol. IV; Edit. Porrúa, S.A.; México 1961: p. 197 y sig.

El hombre por naturaleza se agrupa con sus semejantes para realizar fines que no podrían ser alcanzados de una manera individual, aislada o bien no podría lograrlo tan eficazmente como lo permite la agrupación de personas, tiene como se deduce de lo expuesto, diversas manifestaciones siendo una de ellas la asociación.

El derecho de asociarse tiene su fundamento legal en el artículo nueve de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al ordenar que: "No se podrá coartar el derecho de asociarse o reunirse pacíficamente con cualquier objeto lícito; pero solamente los ciudadanos de la República podrán hacerlo para tomar parte en los asuntos políticos del país..." tomando en consideración de que el expresado artículo garantiza el derecho de asociarse y el de reunión.

El Código Civil para el Distrito Federal, en el artículo 25 atribuye la calidad de personas morales a las asociaciones que se propongan cualquier fin lícito, siempre que no fueren desconocidas por la ley.

El mismo ordenamiento legal antes expuesto ve a la asociación desde el punto de vista de una agrupación de personas ligadas por el vínculo de un contrato, es decir, la regulación jurídica contractual que la mencionada ley regula, junto a la sociedad no con la amplitud que le corresponde habida cuenta de la importancia que actualmente tiene.

Este contrato pertenece, como el de la sociedad a los llamados de realización de un fin común, porque en ellos las partes convienen a sus propios medios para el logro de una

finalidad de esta naturaleza.

El contrato de asociación, como el de sociedad, tiene por objeto la constitución de una persona moral de carácter privado destinada a cumplir determinados fines y que éstos sean concretos. La asociación se diferencia de la sociedad, dentro de nuestro citado ordenamiento, en que no tiene como éste carácter preponderantemente económico.

El artículo 2670 del Código Civil dice que la asociación se constituye: "Cuando varios individuos convinieren en reunirse de manera que no sea enteramente transitoria, para realizarse un fin común que no esté prohibido por la ley y que no tenga carácter preponderantemente económico".

En esa virtud, el contrato de asociación puede ser definido como aquel mediante el cual varios individuos acuerdan de manera permanente para la realización de un fin no preponderantemente económico.

Para algunos autores como Ripert y Planiol, el contrato de asociación es aquel por el cual varias personas ponen en común sus actividades y en su caso, sus rentas o capitales como una finalidad que no sea distribución de beneficios o garantías.

Para Covian la asociación es como una: "convención por la cual dos o más personas ponen en común cierto carácter de permanencia, sus conocimientos y su actividad con cualquier objeto que no sea el de obtener ventajas pecuniarias". (31)

El Maestro Rafael Rojas Villegas formula una definición más amplia de la asociación diciendo que es: "Una corporación de (31) COVIAN-citados por De Pina, Rafael; Op. Cit.; p. 199.

derecho privado dotado de personalidad jurídica, que se constituye mediante contrato, por la reunión permanente de dos o más personas para realizar un fin común, lícito, posible y de naturaleza no económica, pudiendo ser por consiguiente político, científico, artístico o de recreo". (32)

Una vez establecido el concepto de asociación podemos hacer una breve mención sobre la clasificación importante para el estudio de este capítulo.

La asociación civil es un contrato plurilateral, oneroso y comutativo; no es un contrato aleatorio, a pesar de que los asociados corren el riesgo de perder sus aportaciones y no obtener los beneficios esperados de las mismas, puesto que en la asociación no se da la posibilidad, como en el contrato aleatorio, de que lo que es pérdida para una de las partes constituya ganancia o utilidad en la misma para las otras partes, lo cual es propio del contrato aleatorio.

Es un contrato "intuitu personae", ya que los asociados no pueden ceder su calidad de tales y además corresponde a la asamblea de la asociación admitir y excluir asociados.

La doctrina española considera que la asociación y la sociedad, al igual que el mandato, son contratos preparatorios, por lo cual que su celebración sirve de antecedente o de preliminar a otros actos o relaciones jurídicas que surgieren

(32) ROJINA Villegas, Rafael: Op. Cit.: p. 419.

posteriormente.

A la asociación se le considera también como contrato asociativo o contrato organización, conforme a las explicaciones ya dadas anteriormente.

Finalmente es un contrato formal pero se requiere que la asociación conste por escrito y debe inscribirse en el Registro Público de la Propiedad para que produzca efectos contra terceros, además es indispensable para su constitución obtener un permiso previo de la Secretaría de Relaciones Exteriores en el que se hace constar la necesidad de aceptar por todos los asociados fundadores y los futuros la llamada "Cláusula Calvo" en el sentido de que cualquier extranjero que llegare a tener participación en la asociación conviene en considerarse como mexicano respecto de tal participación y se obliga a no invocar la protección de su gobierno, bajo pena de perder en beneficio de la Nación Mexicana dicha participación en caso de incumplimiento.

## II).- CARACTERISTICAS.

Dentro de las características el Maestro Zamora y Valencia nos dice: "es un contrato que produce el efecto de dar nacimiento a una persona jurídica diferente a la de los contratantes. La finalidad que persiguen los contratantes llamados asociados, debe ser lícita y posible. Esa finalidad no

debe tener un carácter preponderantemente económico. Los asociados no tienen derecho a reparto de incrementos patrimoniales de la asociación. Las asociaciones no tienen un capital social". (33)

III).- ELEMENTOS ESENCIALES Y DE VALIDEZ.

ELEMENTOS DE EXISTENCIA.

CONSENTIMIENTO

OBJETO

CAPACIDAD

ELEMENTOS DE VALIDEZ

FORMA

En cuanto a los elementos esenciales o de existencia encontramos el consentimiento y el objeto, como se expone en el cuadro sinóptico que antecede.

El primero, es decir, el consentimiento consiste en el acuerdo de voluntades de dos o más personas tanto para la creación de la persona jurídica diferente a ellas, como para el logro de los fines u objetivos planteados en su constitución, y la cooperación que harán en lo individual para la obtención de

(33) ZAMORA y Valencia, Miguel Angel: Op. Cit.: p. 236.

esas finalidades.

El objeto, que es el segundo elemento, lo constituye la conducta de las partes; pero en los contratos de asociación, el objeto puede ser conducta manifestada como una abstención y como objeto indirecto, la cosa o el hecho que es el contenido de la prestación si así se manifestó la conducta.

En la asociación el objeto lo pueden constituir las conductas, los hechos o las cosas más variadas, con tal de que la actuación de los asociados sea posible y lícita, y respecto de las cosas, que existan o tengan la posibilidad de existir en la naturaleza, que sean o puedan llegar a determinarse y que en el comercio se encuentren.

Los asociados pueden aportar a las asociaciones su industria o determinados bienes; puede también obligarse a realizar determinada conducta o a no realizar otra; transmitir la propiedad de ciertas cosas, la titularidad de derechos o solo a transferir el uso o goce, por lo tanto habrá que determinar primero cuál es el objeto como prestación de cada asociado en forma particular e individualizada, para luego aplicar al mismo las reglas correspondientes, ya sea de hechos o de cosas.

No cabe confundirse el objeto, como elemento del contrato, con los objetivos o finalidades de la asociación, éstos constituyen el objeto de la persona jurídica creada, que debe

tener tres características: a) ser posible; b) ser lícito; c) no tener un carácter preponderantemente económico. El objeto o finalidad social, puede ser de índole político, etcétera. (Artículo 25 fracción IV del Código Civil).

Ahora bien de los elementos de validez encontramos la capacidad y la forma; al hablar de la capacidad es necesario que sea general para contratar en la asociación; excepto cuando el asociante deba aportar bienes, en virtud de que deberá entonces tener capacidad especial para enajenar. Es decir los menores emancipados que tienen capacidad general para contratar, no podrán obligarse en un contrato de asociación a aportar bienes inmuebles.

También se necesita tener capacidad para enajenar el bien, en los casos de representación, los que ejercen la patria potestad o la tutela, los mandatarios, no podrán hacer la aportación sino en los casos y con las condiciones previstas por la ley, la cual determina cuando éstas personas podrán ejecutar actos de dominio.

Al hablar de la forma se dice que es la manera de exteriorizarse el consentimiento en este contrato, no es libre, ya que la ley exige que se celebre por escrito, por lo que se clasifica como un contrato formal.

En términos generales, el contrato de asociación puede

celebrarse simplemente por escrito, sin necesidad de testigos, pero si las partes desean relacionar a la persona jurídica creada con terceros y que surtan plenos efectos jurídicos esas relaciones respecto de los terceros, deberán inscribir el contrato en el Registro Público de la Propiedad (Artículo 2673 del ordenamiento citado) y para poder inscribir, deberán ser documentos auténticos o constar en escritura pública, que es un documento auténtico. Si el contrato no se inscribe en el Registro Público, sólo producirá efectos entre los que lo celebren, pero no puede perjudicar a terceros, quienes si pueden aprovecharse de la circunstancia de no estar inscrito, en lo que les fuere favorable.

Además, si alguna de las aportaciones, para su validez, debe constar en escritura pública, el contrato de asociación también debe constar en escritura pública si la aportación se hace en el momento de la constitución, conforme al artículo 2690, aplicado por analogía. Si un asociado como aportación transmite a la asociación la propiedad de un bien inmueble con valor superior a quinientos pesos, el contrato constitutivo debe otorgarse en escritura pública.

#### IV).- FUNCIONAMIENTO DE LA ASOCIACION

Para el buen funcionamiento de una asociación se requieren ciertos órganos y el órgano supremo reside en la asamblea general.

Fuede ser definida la asamblea como la reunión de los socios o miembros de la asociación, previa convocatoria hecha al efecto, para tratar cuestiones que hayan sido incluidas en la orden del día y resolverlas de acuerdo con la voluntad expresada en las votaciones que se celebren con este fin.

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 2674 del ordenamiento invocado, la asamblea es el órgano supremo de la asociación. Dicho artículo a la letra nos dice: "El poder supremo de las asociaciones reside en la asamblea general..."

Existe además el director o directores cuyas facultades se determinan en los estatutos o en lo que acuerde la asamblea general; prescribe al efecto el mismo artículo 2674 "El director o directores de ellas tendrán las facultades que les conceden los estatutos y la asamblea general, con sujeción a estos documentos".

La época de reunión se da en el artículo 2675 del multicitado ordenamiento que establece lo siguiente: "La asamblea general se reunirá en la época fijada en los estatutos o cuando sea convocada por la dirección. Esta deberá citar a asamblea cuando para ello fuere requerida por lo menos por el cinco por ciento de los asociados, o si no lo hicieren, en su lugar lo hará el Juez de lo Civil a petición de dichos asociados".

La asamblea general tiene la facultad de resolver:

- 1.- Sobre la admisión y exclusión de los asociados;
- 2.- Sobre la disolución anticipada de la asociación o sobre su prórroga por más tiempo del fijado en los estatutos;
- 3.- Sobre el nombramiento de director o directores cuando no hayan sido nombrados en la escritura constitutiva.
- 4.- Sobre la revocación de los nombramientos hechos;
- 5.- Sobre los demás asuntos que le encomienden los estatutos (Artículo 2676 del Código Civil).

Las decisiones de la asamblea serán tomadas por mayoría de votos. Las asambleas generales sólo se ocuparán de los asuntos contenidos en la respectiva orden del día y sus decisiones serán tomadas por mayoría de votos de los miembros presentes. En este caso nos estamos refiriendo y apoyando en el artículo 2677 del ordenamiento legal invocado.

Cada asociado gozará de un voto en las asambleas generales. Ahora bien, el asociado no votará las decisiones en que se encuentran directamente interesados él, sus ascendientes, descendientes o parientes colaterales dentro del segundo grado.

#### V).- DERECHOS Y DEBERES DE LOS ASOCIADOS.

Independientemente de las obligaciones que se originen del contrato constitutivo como son la de colaborar para la obtención de los fines y el respeto al estatuto social o que pueden

originarse por la aportación de bienes (como serían las relativas a todo enajenamiento, si la aportación es en propiedad), se generen en el funcionamiento de la asociación, derechos y obligaciones para los asociados.

Los derechos de los asociados son:

a).- Tienen derecho a asistir a las asambleas que se convoquen (implícito en los artículos 2674 a 2678);

b).- Tienen derecho a un voto por persona en las asambleas (Artículo 2678);

c).- Tienen derecho a solicitar que se convoque a asamblea general de asociados, si constituyen como mínimo cinco por ciento total de asociados (artículo 2675);

d).- Tienen derecho a separarse de la asociación en cualquier tiempo, dando aviso con dos meses de anticipación (Artículo 2680)

e).- Tienen derecho a vigilar que el patrimonio social se destine precisamente al logro del objeto social (Artículo 2683) y para tal efecto a examinar toda la documentación social;

f).- Tienen todos los derechos que establezcan en su beneficio el estatuto social.

Los deberes de los asociados son:

a).- Están obligados a cooperar, en los términos del contrato social y del estatuto, al logro del objeto social;

b).- Están obligados a acatar y respetar el estatuto social (Artículo 1797 y los acuerdos legalmente tomados (Artículo 2677

del Código Civil);

c); Están obligados a abstenerse de votar en las decisiones en que se encuentren directamente interesados ellos, su cónyuge, sus ascendientes y sus parientes colaterales dentro del segundo grado. (Artículo 2679 del multicitado ordenamiento);

d).- Tendrán todas las obligaciones que señalan el estatuto social y el contrato constitutivo.

Los asociados que se separen voluntariamente o fueren excluidos, perderán todo derecho al haber social. (Artículo 2682) y no tienen derecho a transmitir su calidad de asociados (Artículo 2684).

#### VI).- EXTINCION DE LA ASOCIACION Y SUS CONSECUENCIAS.

La asociación como contrato y como persona moral puede terminar atendiendo a tres criterios o causas:

1.- Por razón de la voluntad, cuando la asamblea acuerda la disolución de la asociación (Artículo 2685 fracción I) o se vence el término que los socios fijaron para su duración (fracción II del artículo), a menos que la asamblea de socios acuerde su prórroga.

2.- Por razón de una resolución jurídica (Artículo 2685 fracción IV), por ejemplo por ser ilícito el fin de la asociación, como juegos prohibidos con apuestas, atcètera.

3.- Por razón del objeto, cuando la asociación consiguió ya su objetivo que determinó su función (Artículo en cita fracción I in fine), por ejemplo una asociación que se constituyó para la

creación de un monumento a un determinado personaje o para la edición de las obras de un escritor, o bien, cuando la asociación se ha vuelto incapaz de realizar el fin para el que fue fundada (Ibidem fracción III).

Al terminar la asociación por cualquiera de las causas señaladas, se procede a la disolución y liquidación de la misma, en la inteligencia de que hay que seguir esta secuencia para llevar a cabo la liquidación: deben primeramente venderse los bienes sociales, pagarse después las deudas sociales, aplicar en seguida el remanente al reembolso de las aportaciones a los socios y, finalmente, si queda algún sobrante, que serían las utilidades, se repartirán entre los miembros asociados en proporción a sus aportaciones, pero siempre que tal reparto así lo hubiere previsto expresamente el estatuto social ya que de no haber cláusula expresa al respecto en el pacto social deberán entregarse dichas utilidades a otra asociación o fundación de beneficencia que tenga un objeto similar al de la asociación extinguida.

Pero para hacer operante y efectiva esta disposición debería reformarse la ley del Notariado a fin de obligar a los Notarios a comunicar a la Junta de Asistencia Privada todas aquellas escrituras en las que se constituyan, reformen o liquiden asociaciones y remitirle copia simple de tales instrumentos.

## ASOCIACION EN PARTICIPACION

### 1).- CONCEPTO Y DEFINICION.

Encontramos que la Ley General de Sociedades Mercantiles regula nuestro tema en estudio, es decir, la asociación en participación bajo el Capítulo XIII, artículos del 252 al 259.

Ahora bien, el autor Lorenzo de Benito nos dice en su libro que la asociación en participación es "una convención de carácter privado, por virtud de la cual una o varias personas (comerciantes o no) se interesan, mediante la aportación de un capital a una o varias operaciones mercantiles, o a una empresa comercial dirigida por ellos u otras personas, en las utilidades o pérdidas que éstas produzcan, en los términos y condiciones estipulados". (34)

Alvarez del Manzano aporta el siguiente concepto de nuestro contrato: "Definimos la asociación en participación en el orden mercantil, como 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 contribuyendo a ellas con una parte del capital o del trabajo obrando cada uno en su propio nombre sin ofrecer más garantía (34) LORENZO, Benito; "Manual de Derecho Mercantil"; T. III; Edit. Victoriano Suarez; 1a. Ed.; Madrid 1929; p. 171.

que la de su propio crédito". (35)

Pedro Estasen en su obra Instituciones de Derecho Mercantil nos dice que: "la reunión de dos o más personas, con ocasión de una operación comercial determinada, o de varias a desarrollar, dentro de determinado espacio de tiempo, sin domicilio, ni razón social, ni capital social". (36)

Echevarri y Vivanco definen a la asociación diciendo que: "es aquel contrato consensual, bilateral, auxiliar del comercio en virtud del cual uno o más comerciantes se obligan a interesarse en operaciones de otro u otros, aportando al efecto o prometiendo aportar una suma de dinero, y distribuyéndose las ganancias y las pérdidas en la proporción que establezcan". (37)

Tomando en consideración lo antes expuesto diremos que la asociación en participación encuentra su definición en el artículo 252 de la citada ley que a la letra dice: "La asociación en participación es un contrato por el cual una persona concede a otras que le aportan bienes o servicios una aportación en las utilidades y en las pérdidas de una negociación mercantil o de una o varias operaciones de comercio"; en nuestro concepto la asociación, podríamos decir,

(35) ALVAREZ del Manzano. Faustino; Op. Cit.: p. 710

(36) ESTASEN, Pedro; "Instituciones de Derecho Mercantil"; T. III; Edit. Imprenta de la Viuda de Minuesa de los Ríos; Madrid 1922; p. 128.

(37) ECHEVARRI y Vivanco José María; "Comentarios al Código de Comercio"; T. III; Edit. Imprenta de Emiliano Zepátero; 2a. Ed. Valladolid 1930; pp. 173 y otras.

es un contrato mercantil en el cual dos o más personas aportan sus capitales o sus esfuerzos, o ambas cosas, para destinarlas a un fin común, lícito, con el objeto de obtener un lucro repartible a las condiciones y términos convenidos.

II).- DIFERENCIA DE LA ASOCIACION EN PARTICIPACION CON LAS SOCIEDADES MERCANTILES.

En este punto veremos que la asociación en participación se destaca más por los caracteres diferenciales que por las afinidades con cualquier tipo de sociedad en general.

La asociación en participación no constituye una sociedad, de las reconocidas como tales por la Ley General de Sociedades Mercantiles; atento al contenido de su artículo 252 de la propia ley, no es más que un contrato por medio del cual una persona física o moral concede a otras que le aporten bienes o servicios una participación en las utilidades y en las pérdidas de una negociación mercantil o en una o varias operaciones de crédito, esta clase de asociación no tiene personalidad jurídica propia ni razón social o denominación, de acuerdo con lo estatuido por el artículo 253 de la citada ley. De lo anterior llegamos a la conclusión de que el asociante y los asociados no constituyen una unidad económica para llevar a cabo una explotación mercantil; el asociante obra en nombre propio y no hay relación jurídica entre los terceros y los asociados, según expresa categóricamente el artículo 256 de la ley en cita.

En esa virtud, las ganancias que obtiene el asociante en el negocio o empresa para el que se celebró la asociación en participación, no son propias en su totalidad, sino solamente en la parte alícuota que le corresponde, de acuerdo con los términos del contrato, pues el resto debe considerarse como perteneciente a cada uno de los asociados, también en la parte alícuota que se le haya asignado en el contrato respectivo.

Por otro lado, en nuestro tema de estudio, es decir, en la asociación en participación varía precisamente aquel elemento "participación" que parece calificar: ese elemento no tiene igual alcance en la sociedad, donde consiste en el poder de formación de una voluntad colectiva y en el derecho a las utilidades frente al ente social la cual tiene su naturaleza propia; mientras que en la figura de nuestro mencionado tema, la participación se concreta, y también se agota, en el derecho a las utilidades y en la sujeción a las pérdidas, concebido como mero derecho frente al asociante, fuera de toda posibilidad de ejercicio directo sobre los bienes de él.

Tampoco hay repartición de utilidades en el mismo sentido en que tiene lugar la sociedad, donde, de un acervo de utilidades de pertenencia común se hace la división en los términos estatutarios y de estricta limitación legal de paridad; en la asociación en participación existe solamente la obligación del asociante de atribuir contractualmente al asociado una parte de las utilidades, las cuales, de momento son obtenidas todas

por el asociante; y existe el correspondiente derecho personal del asociado frente al asociante de obtener la parte convenida.

Por lo tanto se llega al resultado, aparentemente paradójico, según el cual la asociación en participación excluye la participación (en sentido técnico) del asociado que lo es respecto de las utilidades o pérdidas únicamente.

Podemos observar que la mencionada asociación, mientras realiza precisamente el hecho de que el asociado comparte el riesgo de un negocio que es propio de otro sujeto (el asociante), excluye (lo que en cambio es propio de la sociedad), la formación de un patrimonio autónomo o colectivo y el ejercicio en común de una actividad económica.

El artículo 257 de la Ley General de Sociedades Mercantiles dispone: "Respecto a terceros, los bienes aportados pertenecen en propiedad al asociante, a no ser que por naturaleza de la aportación fuere necesaria alguna otra formalidad, o que se estipule lo contrario y se inscribe la cláusula relativa en el Registro Público de Comercio del lugar donde el asociante ejerce el comercio. Aún cuando la estipulación no haya sido registrada, surtirá sus efectos si se prueba que el tercero tenía o debía tener conocimiento de ella"

Lo anterior pone de relieve de manera indubitable que una de las partes (asociado) da a la otra (asociante) a cambio y

como compensación de las utilidades, una aportación que, cuando consiste en transferir la propiedad de una cosa, ésta se convierte en cosa del asociante a cuyo patrimonio viene a agregarse, y no en cosa común o cosa de una supuesta entidad "asociación", que simplemente no existe para tal efecto.

Otro aspecto que se debe observar es que el asociado asume un débito limitado frente al asociante. La situación del asociado no es, desde este punto de vista, diversa de la que asume en la sociedad el socio denominado de responsabilidad limitada, o sea el participe como socio en la sociedad de responsabilidad limitada, o el socio comanditario en una sociedad en comandita: el asociado, como estos, no debe otra cosa que la aportación prometida, lo que se desprende del artículo 258 de la multicitada Ley General de Sociedades Mercantiles; según el cual las pérdidas que corresponden a los asociados no podrán ser superiores al valor de sus aportaciones. Sin embargo, no se podría llegar a la conclusión de que la situación del asociado haya de identificarse con la del socio de responsabilidad limitada ni con el comanditario, porque estos últimos actúan en función de una voluntad colectiva creada en el contrato de sociedad, y sus aportaciones constituyen el acrecentamiento de un acervo común o capital social, lo que no se da en el caso del asociado.

Para la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, la mayor analogía es con la sociedad a nombre colectivo, según la tesis

que comentamos a continuación, aunque desde luego, no la considera tal sociedad: "Para nuestra Ley General de Sociedades Mercantiles, la asociación en participación es, en el fondo una verdadera sociedad en nombre colectivo, sólo que es una sociedad oculta, ignorada de terceros, intrascendente para el público; su vida se desarrolla dentro del ámbito de las relaciones internas de los socios, que reciben el nombre de asociados, y es inoperante con relación a los terceros, los que sólo conocen a la persona física con quien contratan. De ahí que no tengan tales asociaciones, personalidad jurídica, ni lleven un nombre como razón social o denominación ni tengan que constituirse en escritura pública; y el documento en que se consigna su existencia, que bien puede consistir en una simple misiva, no está sujeto a registro para su vida interior es como la de las sociedades en nombre colectivo, y por eso funcionan, se disuelven y liquidan a falta de estipulaciones especiales, por las reglas establecidas para la sociedad de tipo colectivo, en cuanto no pugnen con los preceptos que disciplinan dichas asociaciones según acertadamente lo previene el artículo 251 de la citada ley. De lo anterior se desprende que la norma contenida en el artículo 31 de la multicitada ley, que prohíbe a los miembros de una sociedad en nombre colectivo ceder sus derechos sin el consentimiento de todos los demás, salvo que el contrato social dispusiera lo contrario, debe aplicarse también a los miembros de las asociaciones en participación..."

Otra notable distinción jurídica de la llamada asociación

en participación, con las sociedades en general es la forma que da a una y otras carácter integrativo; las sociedades (mercantiles) se constituirán ante Notario y en la misma forma se harán constar sus modificaciones (Artículo 59 de la Ley General de Sociedades Mercantiles) la escritura constitutiva deberá contener todos los requisitos exigidos por el artículo 69, entre los que se hallan como esenciales la razón o denominación, la duración, el importe del capital social; y como suplidas por la ley, en caso de omisión en el instrumento constitutivo, algunos otros como administración de la sociedad, asamblea de socios, importe del fondo de reserva, etcétera. Además deberán de ser inscritas en el Registro de Comercio, la escritura constitutiva y sus reformas, mediante orden judicial, en los términos de los artículos 260 a 264 de la repetida ley; en cambio, en la asociación en participación si bien es cierto que debe constar por escrito (Artículo 254) no es requisito esencial que sea en escritura pública o privada; no lleva razón social o denominación (Artículo 253), ni es indispensable señalamiento de plazo de duración, ni es procedente la fijación de capital social, ni de un fondo de reserva, ni de la designación de administradores; y por último, no está sujeto a inscripción en el Registro.

### III) ASOCIANTE Y ASOCIADOS.

El artículo 252 de nuestra citada ley encontramos que dice:  
"La asociación en participación es un contrato por el cual una

persona concede a otras..." . En dicha relación existe una persona (asociante) que concede a otra (asociado) por lo tanto, las partes que intervienen en nuestro tema de estudio son: el asociante y el o los asociados.

Los asociados son los que están obligados a la aportación de bienes o servicios o lo que se haya convenido, mientras que el asociante es quien se encarga de la administración de pagar las aportaciones que le hicieron los asociados, ya sea en efectivo o en bienes, según el acto; es también la persona que deberá de cumplir el fin común materia del contrato.

De una manera breve estudiaremos los derechos y las obligaciones de las partes: a) Entre las partes. La asociación en participación como todo contrato bilateral, crea derechos y obligaciones entre las partes que intervienen en su celebración.

Por parte del asociado la obligación que nace con la celebración del contrato consiste en la aportación de bienes o servicios; en cuanto al asociante su obligación consiste en hacer participe al asociado de ganancias y pérdidas que resulten de las operaciones realizadas; además el asociante tiene la obligación de presentar las actas, ya sea semestrales o al término de la gestión o negocio, éste también queda obligado a realizar en beneficio común los actos de comercio que constituyen la finalidad de la asociación, o a explotar la negociación respectiva cuando ello sea el fin del contrato, de igual manera está obligado a reintegrar a cada asociado su

aportación, más la parte que le correspondía en las utilidades obtenidas una vez terminadas las operaciones, previstas al celebrar el contrato, o al expirar el plazo de éste. Cuando consiste la aportación en bienes y no en el propio trabajo y dado que no se forma el fondo común, precisa determinar a quien pertenecen tales bienes aportados. El artículo 257 de nuestra ley establece la presunción respecto de terceros de que los bienes son propiedad del asociante, así, por ejemplo el dinero suministrado al comerciante para ampliar su negocio se le entrega a título traslativo de dominio, al menos frente a terceros, independientemente de que se trate de bienes fungibles o no fungibles. Si para la realización de una empresa una persona suministra a otra una maquinaria, un camión, etcétera, estos bienes se consideran propiedad del asociante, es decir, de aquel que desarrolla la actividad necesaria para la obtención de las utilidades que se han de repartir.

Ahora bien, esta presunción sólo opera respecto de terceros y entre los contratantes es válido el pacto de reserva de propiedad del bien aportado. Aún respecto de terceros nuestra ley establece algunas restricciones al principio asentado: para transmitir la propiedad es necesario que coincida la forma empleada para la asociación en participación y la requerida para la transmisión de los bienes aportados; es decir, si los bienes aportados son inmuebles que requieran para su transmisión la formalidad de la escritura pública y su inscripción en el

Registro Público y si la asociación en participación no se constituye con estos requisitos, no se operará la transmisión de propiedad respecto a terceros.

Si se quiere destruir aún tratándose de muebles la presunción establecida por la ley, pueden recurrir las partes a la inscripción en el Registro Público del pacto en que establece la reserva de la propiedad en favor del asociado.

Nuestro autor Roberto Mantilla Molina al hablarnos de estas dos excepciones afirma que: "en realidad tienen idéntico funcionamiento, que es el mismo que la presunción establecida por la ley. Tratándose de muebles, existe en nuestro derecho la presunción de que el poseedor es propietario; así, si se entregaran al asociante determinados bienes muebles estaría en posesión de ellos y operará la presunción a que acabamos de hacer referencia. Los terceros, que lo encuentran como poseedor de esos muebles, tienen fundamento para considerarlo como propietario de ellos; ahora bien, tratándose de inmuebles, esta presunción no existe y por esto se hace necesario inscribir en el Registro Público la transmisión de dominio derivada de la posesión inscribiendo en el Registro Público el pacto en contrario, situación análoga a la que encontramos en muchos casos regulados por el derecho civil". (38)

Todavía se puede considerar como aplicación de estos

(38) MANTILLA Molina, Roberto L.: "Derecho Mercantil"; 25a. Ed.; Edit. Porrúa, S.A.; México 1987; p. 200.

principios la otra excepción que el mismo artículo 257 señala que si la reserva de propiedad respecto del asociante no ha sido inscrita en el Registro Público de Comercio, pero de hecho ha sido conocida por terceros tampoco en este caso podrán presumir la propiedad del asociante respecto de esos bienes.

b).- Por otra parte la relación que existe entre el asociante y el tercero, nos dice el Maestro Vásquez del Mercado que: "en el ejercicio de los actos necesarios para lograr el fin de la asociación, el asociante es el único que actúa y el único que tiene relaciones con los terceros". (39)

En nuestra Ley General de Sociedades Mercantiles el artículo 256 lo reconoce implícitamente cuando establece que: "El asociante obra en nombre propio y no habrá relación jurídica entre los terceros y los asociados". En la asociación la gestión pertenece a quien se dedica a la explotación comercial, a él corresponde obrar en el interés común y llevar la cuenta de la participación, en las relaciones con los terceros se da de igual manera y por lo tanto, en la asociación en participación hay una parte, la asociante, que celebra en su propio nombre, aunque si bien en interés también de otros asociados una o más operaciones y responde ilimitadamente frente a los terceros, quienes adquieren derechos y obligaciones sólo frente a él, en tanto que los asociados responden sólo frente al asociado.

(39) VASQUEZ Del Mercado, Oscar.: "Contratos Mercantiles"; 3a. Ed.; Edit. Porrúa, S.A.; México 1989; p.513

#### IV).- OBJETO Y FORMA DEL CONTRATO.

En cuanto a la forma del contrato, nuestro derecho se aparta del criterio general adoptado por la mayoría de las legislaciones extranjeras al referirse a la forma del contrato y al efecto dispone el artículo 254 de la multicitada ley mercantil que: "El contrato de asociación en participación debe constar por escrito y no estará sujeto a registro".

La doctrina casi en forma unánime adopta el criterio, no existe formalidad alguna para su celebración sino basta únicamente el consentimiento de las partes, siendo susceptible de prueba por cualquiera de los medios establecidos en las leyes tales como la confesión, inspección en libros, testigos, etcétera.

Juristas como Barrera Graf y Mantilla Molina critica esta exigencia de nuestra legislación, por considerar que entorpece las transacciones comerciales e impide el desenvolvimiento rápido de este tipo de actos de comercio. La ley citada, probablemente inspirada en las diversas sociedades que tipifica le asignó dicha exigencia que consideramos necesaria indispensable cuando se celebra una asociación en participación respecto de una negociación mercantil, ya que en esa forma hay oportunidad de proveer la mayor parte de las hipótesis que sean posibles y desarrollar el contrato más claramente, así como precisar las obligaciones de las partes.

Otras dos legislaciones que exigen la forma escrita del

contrato son la de Venezuela y Guatemala; en la primera el Código de Comercio dispone que la asociación en participación está exenta de las formalidades establecidas por las compañías, pero deben probarse por escrito; como se puede apreciar, esta legislación sólo exige la forma escrita del contrato para los efectos de la prueba. La legislación de Guatemala, exige en su Código de Comercio que el contrato conste en escritura pública.

Ghidini, al examinar este aspecto del contrato nos dice: "La estipulación de la asociación en participación no está sujeta a forma particular - la falta de forma es la regla. La forma no se necesita ni ad substantiam ni ad probationem". (40)

El propio autor habla de la formalidad al afirmar lo siguiente: "La forma escrita será en cambio requerida con fundamento sólo como medio de transmitir determinadas aportaciones; en la naturaleza particular de la aportación, por ejemplo tratándose de la propiedad de bienes inmuebles; pero aún en tal caso, no todo el contrato de asociación en participación debe estar consagrado por escrito, sino solamente el pacto relativo a la aportación del asociado. Si la aportación del asociado consiste en la transferencia de la propiedad tanto de bienes inmuebles como de muebles o en otras prestaciones, el defecto del acto escrito importará la nulidad de la obligación relativa a los bienes inmuebles". (41)

No obstante el sentido general de la doctrina de no exigir

(40) GHIDINI, Mario; "L'Associazione in Partecipazione"; Ed. Guiffrè; Milan 1959; p.40.

(41) Idem; p. 40

formalidad alguna para la celebración del contrato, conforme a nuestra legislación siempre deberá constar el contrato por escrito pudiendo llevarse a cabo, mediante escrito privado o escritura pública indistintamente; Solá de Cañizares al referirse a la celebración del contrato elevado a un documento privado, dice que: "Es la formación normal para este contrato, la más corriente y la más aconsejable". (42)

Habiendo establecido que el contrato de asociación en participación en nuestro sistema legal es de carácter formal en caso de que las partes no cumplan la formalidad requerida, el contrato existe y es válido para los contratantes, pero está viciado de nulidad relativa que puede convalidarse cumpliendo las partes con la forma prescrita por la ley, o bien, cuando cualquiera de ellas exija que se dé al contrato forma legal (artículo 1833 y 2232 del Código Civil).

El objeto, en cuanto a este el Maestro Borja Soriano Manuel dice que: "El objeto de los contratos es crear o transferir derechos y obligaciones que pueden ser positivo o negativo; el objeto de la obligación se considera también como el objeto indirecto o mediato del contrato que la engendra y por último, aún la cosa misma se considera como objeto de la obligación del contrato por eso, el artículo 1824 del Código Civil dice: "Son objeto de los contratos: I.- La cosa que el obligado debe dar; II.- El hecho que el obligado debe hacer o no hacer".

(42) SOLA De Cañizares, Felipe.: Op. Cit.: p.154

Dicho lo anterior, el objeto directo e inmediato del contrato de asociación en participación es la creación y transmisión de derechos y obligaciones; el objeto directo de esas obligaciones que a su vez constituye el objeto indirecto o mediato del contrato, consiste en prestaciones positivas que son las aportaciones de las partes; por último, el objeto de estas prestaciones que resulta ser el objeto social del contrato, consiste en la realización de una negociación mercantil o de una o varias operaciones de comercio" (43)

Ghidini sostiene que: "la asociación en participación es un contrato de cambio y no un contrato de objeto común como ocurre en las sociedades". (44)

Pensamos que el cambio de prestaciones que opera en el contrato, no pugna con el objeto común del mismo, como pretende Ghidini, puesto que para que se produzca ese intercambio de prestaciones antes hay que realizar el negocio objeto común de la asociación; pero no aceptamos que sólo se trate de un simple cambio de prestaciones porque hay elementos como el riesgo de la pérdida de las operaciones o de la inexistencia de utilidades, así como la finalidad de cada parte de vincularse para realizar una empresa común lo que es ajeno al contrato de cambio y es propio por el contrario, de los contratos o negocios asociativos como este que analizamos de asociación en participación

(43) BORJA Soriano, Manuel.; Op. Cit.; p. 161.

(44) GHIDINI, Mario.; Op. Cit.; p. 40

observamos que se trata de un contrato sinalagmático, donde concurre un intercambio de prestaciones distintas en su contenido para realizar un fin común, el asociante recibe para dar, el asociado para recibir.

#### V).- APORTACIONES EN LA ASOCIACION EN PARTICIPACION.

Como ya se ha comentado las aportaciones que se hacen a dicha asociación deben ser bienes o servicios, susceptibles de ser transferidos o de usarse por un tercero.

Ahora bien, en cuanto a los bienes aportados, para algunos estos pasan en propiedad al asociante, sin embargo para aquellos que consideran que la propiedad se transmite, lo admite sólo para los bienes muebles y no para los inmuebles. Entre los primeros se dice que el capital que aporta el asociado pasa y debe pasar en propiedad al titular, cuando no se puede o no se requiere transferir la propiedad de la aportación al asociante, no existiera asociación, y no se permite que pueda pactarse que la propiedad de los bienes muebles no pase al asociante; por el contrario se considera que la propiedad pasa, pero que el asociante es responsable si dispone de los bienes en contra del interés común.

La tesis opuesta, es decir, aquella que considera que el asociado no se desprende de sus derechos de propiedad sobre los bienes aportados, dice que como la asociación en participación

no tiene un fondo social, es importante saber a quien pertenecen las cosas aportadas o compradas por los asociados, por lo que deben suponerse dos hipótesis que los asociados lo determinaron o bien que nada dijeron al respecto.

En el caso de que los participantes hubieren sido explícitos, se debiera estar a los términos del contrato y las estipulaciones serán la ley entre las partes contratantes. Consecuentemente, los objetos aportados o comprados pertenecerán bien al comprador o bien al asociado que haya hecho la aportación; también podrán pertenecer pro indiviso a los asociados. Ninguna dificultad se presentaría en esta hipótesis, en que la solución depende únicamente de la voluntad de los asociados, voluntad que se expresa libremente.

Si los participantes nada hubieran estipulado, el problema es un poco delicado, ya que no es indiferente decidirse en uno u otro sentido y admitir que existe o no, en provecho de los participantes, un derecho de copropiedad sobre las aportaciones respectivas.

La opinión comunmente admitida es que la cosa debe permanecer en propiedad de quien la ha aportado o comprado en su propio nombre. En efecto, la asociación en participación no crea un ente moral distinto y separado de los asociados que serian el propietario de las aportaciones. La propiedad de estas aportaciones, por el contrario la conserva cada interesado,

quien podrá disponer libremente de ellas, después de liquidar la asociación.

Estos dos grupos de opiniones concuerdan como ya se dijo, en cuanto a la aportación de inmuebles se refiere. Para ambas, el derecho de propiedad sobre los inmuebles aportados en participación no se transfieren por el solo contrato de asociación en participación, los inmuebles se consideran que pertenecen siempre en propiedad del asociado que los aporta, salvo estipulación en contrario y previo cumplimiento de los requisitos formales de transmisión.

En la asociación en participación la transmisión de los inmuebles aportados se rigen por las disposiciones del derecho común, es decir, la transmisión se opera, sólo mediante el cumplimiento de ciertas formalidades, mientras éstas no se cumplan el propietario del inmueble será quien aparezca inscrito en el Registro Público, y los terceros sólo podrán considerar propietario a éste, por eso, se refiere a la propiedad de los inmuebles de una asociación en participación y sean cuales fueren los convenios entre los participantes, esta no tendrá entre terceros un patrimonio. Para los terceros, el propietario de los bienes de la participación será quien sea su legítimo titular, según las reglas del derecho.

En esa virtud, cuando en una asociación en participación los asociados aportan bienes inmuebles y se desea que pasen en

propiedad al asociante, deberá estipularse en el contrato y además deberá cumplirse con los requisitos formales de transmisión, pues en caso contrario, la presunción a favor de terceros, de que los bienes aportados pertenecen en propiedad al asociante, no operará.

Los terceros no pueden adquirir la aportación del asociante, si saben que es del asociado y que el asociante no puede disponer de ella para comerciarla. Esta observación muestra como tratándose de inmuebles, que deben de estar inscritos en el Registro Público, los terceros no pueden contratar sobre ellos sin antes cerciorarse a quien pertenecen. Si los inmuebles están inscritos a favor del asociado se presumirá que los terceros lo saben y que saben también que no puede disponer de ellos el asociante.

En México, nos dice Vázquez del Mercado: "con muy buena lógica, se ha interpretado por el artículo 257 de la Ley General de Sociedades Mercantiles y se considera que por el solo contrato de asociación en participación, los inmuebles que se aportan no pasan en propiedad al asociante, sino que por la naturaleza propia de la aportación, en caso de que la propiedad quiera transmitirse, es necesario cumplir con determinados requisitos ". (45)

#### VI).- PERDIDAS, GANANCIAS Y LIQUIDACION.

Para el reparto de las ganancias y pérdidas el artículo 258  
(45) VASQUEZ Del Mercado, Oscar.: Op. Cit.: p. 520 y sig.

de la multicitada ley mercantil dispone: "Salvo pacto en contrario, para la distribución de las utilidades y de las pérdidas se observará lo dispuesto en el artículo 16. Las pérdidas que correspondan a los asociados no podrán ser superiores al valor de su aportación", y a su vez el 16 del propio ordenamiento previene: " En el reparto de las ganancias o pérdidas se observarán, salvo pacto en contrario, las reglas siguientes: 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; III.- El socio o socios industriales no reportarán las pérdidas".

Mantilla Molina nos dice: "que debe admitirse el pacto en contrario en lo que se refiere en la parte final del artículo 258 de la ley relativa que"... las pérdidas de los asociados no podrán ser superiores al valor de su aportación", debido a que no existe interés social ni tampoco interés de terceros que resulten lesionados con dicho pacto ya que se trata simplemente de intereses de los asociados, quienes, en el supuesto normal de que gocen de la plenitud de capacidades, pueden obligarse a responder más allá, de sus aportaciones. Si se toma en consideración que, en ocasiones, la asociación en participación se crea con el principal propósito de compartir las pérdidas, se comprenderá el interés práctico que puede tener el mencionado pacto, ya que mediante él adquirirá el carácter de asociado y el

derecho a la correspondiente parte de utilidades quien sólo se haya obligado a responder a las pérdidas, dentro del límite que al efecto se fijare". (46)

En cuanto a la liquidación encontramos en el artículo 259 de la ley que venimos citando nos dice que: "Las asociaciones en participación funcionan se disuelven y liquidan, a falta de estipulación especial, por las reglas establecidas para las sociedades en nombre colectivo, en cuanto no pugnen con las disposiciones de este capítulo".

Atento a lo dispuesto en el precepto transcrito se hará un breve análisis del artículo 50, que nos habla de la rescisión de la sociedad de nombre colectivo, para ver en qué medida y forma son aplicables sus disposiciones. La primera fracción del artículo que comentamos dice: "Por uso de la firma o del capital social para negocios propios". Esta no tiene aplicación en la especie, si se toma en cuenta que la asociación en participación no tiene firma ni capital social. No obstante lo aseverado, si estableciéramos un parangón y consideramos como una expresión de "capital social" el patrimonio destinado a los fines de la participación, podríamos estar en presencia de una causa de disolución en los casos en que el asociante emplee los bienes para usos personales.

Las fracciones II y III que dicen: "Por infracción al pacto  
(46) MANTILLA Molina, Roberto L.; Op. Cit.: pp. 204 y 205.

6.- Por mutuo acuerdo:

7.- Por muerte o incapacidad del asociante; y

8.- Por muerte o incapacidad del asociado.

Respecto a la liquidación, el precepto legal invocado establece que se regirá de acuerdo con las disposiciones dictadas para la sociedad en nombre colectivo, siempre que no pugne con las disposiciones tendientes a la liquidación de la asociación en participación, que supongan la existencia de una persona moral, de un patrimonio común o de un ente colectivo, no podrán ser aplicables a nuestro trabajo y sólo se llevará a cabo, como afirma el Maestro Mantilla Molina, un simple ajuste de cuentas, en el cual no se exigirá la intervención de un liquidador, como se exige en el caso de existencia de una sociedad mercantil y en especial de la colectiva. La liquidación de la asociación en participación es, en consecuencia distinta de la efectuada en las sociedades mercantiles, es en aquella un simple arreglo de cuentas que se limita a la relación contractual entre asociante y asociado o asociados.

#### VII).- NATURALEZA JURIDICA.

Precisar la naturaleza jurídica de nuestro tema estima la mayor trascendencia, debido a que los autores no se han puesto de acuerdo en ella, contándose con diversas teorías que tratan de aplicarla, considerando que todavía es lejano el día que se establezca un criterio uniforme.

En general, la opinión de los autores, puede dividirse en tres teorías que son las siguientes:

1.- La teoría que afirma que la asociación en participación es una sociedad. Houpin Bosvieux sostiene la siguiente opinión: "se ha discutido la cuestión de saber si la asociación en participación constituye una verdadera sociedad. La verdad es que forma una sociedad aparente, distinta de las otras sociedades, regida por principios especiales y sobre todo por las convenciones de las partes contratantes, a las cuales su efecto queda circunscrito. Debe reunir los elementos constitutivos y necesarios de una sociedad, a saber: "la voluntad de asociarse, la realización de una aportación por cada uno de los asociados, un objeto y una causa lícita". (47)

El Maestro Mantilla Molina es partidario de la tesis doctrinal que considera a la asociación en participación como: "una clase particular de sociedades", sin identificarla plenamente como verdadera sociedad y se justifica de la siguiente manera: "cuando se persigue un fin mercantil consistente en obtener y repartir utilidades, tal como explotar una negociación mercantil o celebrar uno o varios actos de comercio, y a tal efecto se aportan bienes o servicios a una persona encargada de realizar dicho fin, se celebra un contrato llamado asociación en participación que viene a ser una especie de las sociedades mercantiles, es caracterizada por no

(47) HOUPIN ET BOSVIEUX; "Traite Generale Theorique Et Practique Des Societes Civiles Et Commerciales"; T. I; Edit. Recueil Sirey; 2a. Ed.; Paris 1929; p. 365 y sig.

exteriorizarse frente a terceros y porque es indispensable una finalidad de especulación comercial. El criterio o distinción es paralelo y completamente armónico al aplicado a las sociedades civiles. La asociación en participación queda comprendida dentro del concepto general de sociedad, si bien, con caracteres que la diferencian de las demás sociedades "stricto sensu", el carácter de esencial de la sociedad es la existencia de un fin común ahora bien, podemos considerar que éste carácter existe normalmente en la asociación mencionada y consiste en la realización del negocio o negocios para la cual se constituye".

(48)

Continúa diciendo Mantilla Molina que: "existe también la necesidad de hacer aportaciones para la realización de un fin común y observa que nuestra ley en su mencionado artículo 252 que los asociados aportan bienes o servicios, que son los medios para la realización del fin común. Existe por último, este otro carácter que es consecuencia del primero: la repartición de utilidades y pérdidas, que el propio artículo señala. Reafirma esto en el artículo 258 de la multicitada ley al establecer que: "Salvo pacto en contrario para la distribución de las utilidades y de las pérdidas se observará lo dispuesto en el artículo 16..." (49)

Es cierto que en la asociación en participación faltan

(48) MANTILLA Molina, Roberto L.; Op. Cit.; p. 198.

(49) Idem.; p. 199.

algunos de los caracteres que se dan en las sociedades strictu sensu. Así en las demás sociedades las aportaciones forman un fondo común y no se transmiten a una de las partes, como sucede en la asociación en participación. El fondo común forma el patrimonio de una nueva persona: la sociedad, mientras que la asociación en cita carece de personalidad moral; las aportaciones se entregan al asociante que le convierte en titular de ellas y se encarga de la realización de un fin común, según resulta del artículo 253.

Fero en realidad la personalidad moral es un caracter secundario al extremo de que la sociedad en Roma existía sin personalidad moral y de que aún en nuestros días en el derecho germánico hay tipos de sociedades que carecen de ella; tampoco las tienen en Italia, conforme al Código Civile de 1942, la sociedad simple, la colectiva y la comandita; lo mismo sucede en las sociedades inglesas del tipo denominado "partnership". Así pues, no puede considerarse como un carácter esencial de la sociedad la existencia de la personalidad moral, tampoco lo que es una consecuencia de ésta: "la existencia de un fondo común que constituye su patrimonio". La falta de estos caracteres en la asociación en participación no permite negarle de una manera absoluta el carácter de sociedad, aunque sí marca clara línea de diferenciación entre este tipo de sociedad y las demás sociedades mercantiles.

2.- La teoría que afirma que la asociación en participación

no es una sociedad. Entre los sustentantes de esta teoría se encuentra Bosco -citado por Grandi- afirma que: "la asociación en participación está muy lejos de ser una sociedad no debiéndose considerar como tal, algo que sólo se acerca sin llegar a serlo". (50)

Candian -citado por Grandi- excluye la naturaleza social del contrato de comenda para concluir que: "siendo la participación simplemente una forma de comenda, el participante no es socio, como no es socio "comendador", reiterando que no es socio ni en las relaciones externas; además de que niega la existencia del objeto común en la asociación en participación afirmando que es diverso al de la sociedad". (51)

Los partidarios de esta teoría sostienen que la asociación en cita da lugar a una simple relación contractual entre el asociante y el asociado, sin la creación de un sujeto jurídico nuevo.

3.- La teoría que afirma que la asociación en participación es un contrato afín a la sociedad. Entre los sustentantes de esta teoría se encuentra: Vivante, quien afirma que el contrato del cual nos ocupamos tiene estrecha analogía con el de sociedad, por lo que se considera que se deben aplicar a las relaciones recíprocas de las partes, las reglas de la sociedad;

(50) BOSCO; Citado por Giovanni Grandi Salvatore; Op.Cit.; p.39.

(51) CANDIAN; Citado por Giovanni Grandi S.; Op. Cit.; p. 39.

reconoce que falta el fondo social y que por lo tanto no constituye un ente social. Textualmente afirma que: "La asociación en participación es un contrato análogo al de la sociedad y se diferencia de esta porque no trata de crear una persona jurídica distinta de los contratantes, sino que agota su finalidad en las reciprocas relaciones de estos. La falta de personalidad jurídica, elemento esencial de toda sociedad mercantil debería prescribir de este libre, que trata de las personas, a la asociación. Sin embargo, la comunidad de orígenes, la analogía del hombre de la función económica y de disciplina jurídica la tienen aún ligada como un instituto accesorio al de las sociedades". (52)

Mancini -citado por Grandi- dice: "en las relaciones entre el participante y el propietario de la empresa los principios directivos deben necesariamente deducirse en parte de aquellos que regulan los derechos y las obligaciones de los socios entre sí". (53)

Mossa -citado también por Grandi- reconoce que no es una sociedad mercantil, pero por otra parte, indica que: "...es por un simple contrato de fondo social en el cual las partes miran a un objeto lucrativo común, el reparto de los provechos obtenidos de la empresa o de los negocios comerciales que forman el objeto

(52) VIVANTE, César: "Tratado de Derecho Mercantil"; Vol. III; Trad. de la Sa. Ed. por Ricardo Espejo de Hinojosa; Edit. Porrúa, S.A.; Madrid 1932; p. 575.

(53) MANCINI: Citado por Giovanni Grandi S.; Op. Cit.; p. 39.

de la participación". (54)

El Maestro Mantilla Molina sobre este punto dice: "Nuestra ley no se resuelve, sino de manera implícita y un tanto contradictoria, si la asociación en participación es o no una sociedad mercantil. El artículo primero de la ley hace una enumeración de las sociedades mercantiles entre las cuales no figura la asociación en participación. De ahí que pueda concluirse que no se trata de una sociedad; sin embargo sigue explicando nuestro autor la circunstancia misma de que se regule en la Ley General de Sociedades Mercantiles ya empieza a mostrar que no es este de manera absoluta el criterio del legislador. Es más el artículo 258 declara aplicable las reglas de la sociedad al reparto de las utilidades y todavía el artículo 259 añade que las asociaciones en participación funcionan, se disuelven y liquidan, a falta de estipulaciones especiales, por las reglas establecidas para las sociedades en nombre colectivo, en cuanto no pugnen con las disposiciones de este capítulo. Es decir, los mencionados ordenamientos declaran aplicables a las asociaciones los preceptos que rigen a las sociedades, lo cual supone una naturaleza esencialmente análoga o sea, que se trata de una sociedad de tipo un tanto distinto de las demás sociedades, pero al fin y al cabo de una sociedad" (55); aquí nuestro autor reconoce la analogía y por ende la afinidad de la asociación con las sociedades.

(54) MOSSA; Citado por Giovanni Grandi S.; Op. Cit.; p. 40.

(55) MANTILLA Molina, Roberto L.; Op. Cit.; p. 199.

La misma contradicción de los textos legales o la misma falta de claridad de ellos hizo que no intentara resolver el problema tomándolos como base pues al no encontrar un argumento legal decisivo en pro o en contra del carácter de sociedad de la asociación en participación el intérprete queda en libertad para decidir la cuestión doctrinalmente y de aquí que las consideraciones apuntadas parezcan suficientes para tener como sociedad a la asociación en participación.

Entre los autores que aceptan esta última teoría encontramos a: César Vivante, Salvatore Giovanni Grandi, E. Thaller, Lorenzo de Benito, Pedro Estasén, Ramón de Eixala, entre otros.

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

1.- La asociación en participación ha existido en Roma y en otros países pero coincidiendo con algunos autores como Joaquín Garrigues, podemos decir que es en la Edad Media donde tiene su nacimiento oficial, de ahí que estemos convencidos que ese es el principal antecedente histórico.

2.- Como hemos visto, el legislador quiso hacer a la asociación en participación una sociedad pero como ya estudiamos existe una contradicción ya que en el artículo primero de la Ley General de Sociedades Mercantiles enumera las sociedades y él no la incluye en dicho artículo, sino que la encuadra en el artículo 252, es más la enmarca en un capítulo especial y al momento de definirla le llama "contrato", en tal caso consideramos que no es una sociedad.

3.- Durante el desarrollo de nuestro tema encontramos grandes diferencias entre las sociedades mercantiles y la asociación en participación ya que en esta última no tiene personalidad jurídica propia; no tiene patrimonio propio; no tiene razón social o denominación; no tiene domicilio; no tiene nacionalidad; no requiere inscripción en el Registro Público de Comercio y no requiere permiso de la Secretaría de Relaciones Exteriores entre otras, y las sociedades mercantiles<sup>51</sup> tienen

que cubrir todos esos requisitos para su existencia; dentro de las pocas afinidades que tienen entre sí podemos decir que es la de constar por escrito.

4.- Durante el desarrollo del presente trabajo se realizó una pregunta a diversos litigantes sobre la asociación en participación, la cual consistía en decir si es o no considerada como una sociedad mercantil y los resultados fueron los siguientes: un gran porcentaje de los encuestados no la consideran una sociedad mientras que el resto se confundió o afirmó que sí es una sociedad; lo que nos da como resultado que al igual que la mayoría de los litigantes la asociación en participación no es en realidad una sociedad.

5.- Consideramos que debería derogarse el capítulo XIII de la mencionada ley e incluirla en el derecho común como una subdivisión de las asociaciones o como una especie de las mismas, sin olvidar las respectivas modificaciones que se le debería de hacer para que no tuviera un vínculo directo con las sociedades mercantiles.

6.- Como posible solución a la incógnita que se presenta, el legislador debe determinar de una manera más clara lo siguiente: si la va a considerar una sociedad, entonces debe ser incluida dentro del artículo primero de la Ley General de Sociedades Mercantiles; por otra parte, en cuanto a la definición que le da el artículo 252 como "contrato" debe

suprimir dicha palabra para darle el carácter de sociedad; ahora bien, también se tendría que reformar el artículo 253 para que los asociados cumplan los requisitos indispensables o necesarios de toda sociedad; modificar el artículo 258 para que sólo quedara que la distribución de las utilidades y de las pérdidas se observara lo dispuesto por la regla general es decir, por el artículo 16 de la multicitada ley dejando intacta su parte infine; y por último el artículo 259 considero que se debe suprimir "a falta de estipulación especial" ya que si fuera una sociedad se encontraría regido por las reglas generales sin necesidad de estipulaciones especiales.

7.- Por estas razones la asociación en participación es considerada como un contrato afin pero No como una sociedad mercantil.

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

AGUILAR Carbajal, Leopoldo: "Contratos Civiles"; 2a. Ed.; Edit. Porrúa, S. A.; México 1977.

ALVAREZ Del Manzano, Faustino: "Tratado de Derecho Mercantil Español Comparado con el Extranjero"; T. II; Edit. Bosch; Madrid 1916.

BEJARANO Sánchez, Manuel: "Obligaciones Civiles"; 3a. Ed.; Edit. Harla; México 1984.

BONNECASSE, Julien: "Elementos de Derecho Civil"; T. II; Edit. Cajica; Puebla, Pbla. 1945.

BORJA Soriano, Manuel: "Teoría General de las Obligaciones"; Edit. Porrúa, S. A.; México 1982.

CAROSELLI, Oscar: "L' Associazione in Partecipazione"; Edit. Cedam; Padua, Italia 1930.

CERVANTES Ahumada, Raúl: "Derecho Mercantil"; 4a. Ed.; Edit. Herrero, S. A.; México 1984.

DE AXIOLA Martí, Ramón: "Instituciones de Derecho Mercantil"; Ed. Imprenta de la Viuda de Minuesa de los Rios; Madrid, España 1930.

DE PINA, Rafael: "Elementos de Derecho Civil Mexicano"; Vol. IV;

Edit. Porrúa, S. A.; México 1961.

ECHEVARRI Y Vivanco, José María; "Comentarios al Código Civil"; 2a. Ed.; T. III; Ed. Imprenta de Emiliano Zapatero; Valladolid, España 1930.

ESTASEN, Pedro; "Instituciones de Derecho Mercantil"; T. III; Edit. Imprenta de la Viuda de Minuesa de los Ríos; Madrid 1922.

GARRIGUES, Joaquín; "Curso de Derecho Mercantil"; T. I; 7a. Ed. Realizada por Alberto Bercovitz; Reimpresión; Ed. Porrúa, S. A.; México 1979.

GHIDINI, Mario; "L'Associazione in Partecipazione"; Ed. Giuffrè; Milan 1959.

GIOVANNI Grandi, Salvatore; "L'Associazione in Partecipazione"; Ed. Giuffrè; Milan 1939.

HOUFIN ET Bosvieux; "Traité Générale Théorique et Pratique des Sociétés Civiles et Commerciales"; T. I.; 2a. Ed.; Ed. Recueil Sirey; Paris 1929.

IGLESIAS, Juan; "Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado"; 6a. Ed.; Edit. Ariel - Barcelona - Caracas - México.; México 1979.

JOSSERAND, Luis; "Derecho Civil. Teoría General de las Obligaciones"; T. II; Vol. I; Ediciones Jurídicas Europa América Bosch y Cia; Edit. Buenos Aires, Argentina 1950.

LORENZO, Benito; "Manual de Derecho Mercantil"; T. III; Parte especial; 1a. Ed.; Ed. Victoriano Suárez; Madrid 1929.

MANTILLA Molina, Roberto L.: "Derecho Mercantil": 25a. Ed.; Edit. Porrúa, S. A.; México 1987.

OLVERA DE Luna, Omar: "Contratos Mercantiles"; 2a. Ed.; Edit. Porrúa, S. A.; México 1987.

PUNTE Y Flores, Arturo y CALVO Marroquin, Octavio. "Derecho Mercantil": 25a. Ed.; Edit. Banca y Comercio, S. A.; México 1975.

REYES Mora, Oswaldo G.: "Contrato Mercantil de Asociación en Participación"; Ed. Pac. S. A. de C.V.; México 1991.

ROJINA Villegas, Rafael: "Compendio de Derecho Civil"; T. IV; Edit. Porrúa, S. A.; México 1970.

ROJINA Villegas, Rafael: "Derecho Civil Mexicano"; T. VI; 3a. Ed.; Edit. Porrúa, S. A.; México 1977.

SALANDRA, Vittorio: "Curso de Derecho Mercantil"; Traducción de Jorge Barrera Graf; Edit. Jus; México 1949.

SANCHEZ Medal, Ramón: "De los Contratos Civiles"; 4a. Ed.; Ed. Porrúa, S. A.; México 1978.

SOLA DE Cahizares, Felipe: "El Contrato de Participación en el Derecho Español y en el Comparado"; Edit. Revista de Derecho Privado; Madrid 1954.

Universidad Nacional Autónoma de Chihuahua; Escuela de Derecho; Lecturas Jurídicas; Número 58; Agosto - Octubre de 1975;

Publicación Trimestral.

VASQUEZ Del Mercado, Oscar; "Contratos Mercantiles"; 3a. Ed.; Ed. Porrúa, S. A.; México 1989.

VIVANTE, César; "Tratado de Derecho Mercantil"; Vol. III; Traducción de la 5a. Ed. por Ricardo Espejo de Hinojosa.; Edit. Porrúa, S. A.; México 1932.

ZAMORA Y Valencia, Miguel Angel; "Contratos Civiles"; 3a. Ed.; Edit. Porrúa, S. A.; México 1989.

#### LEGISLACION CONSULTADA

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Código Civil Para el Distrito Federal.

Ley General de Sociedades Mercantiles.