



UNIVERSIDAD PANAMERICANA

SEDE GUADALAJARA

UN PUNTO DE VISTA MERCANTIL SOBRE EL CONTRATO
DE ASOCIACION EN PARTICIPACION

IRMA ROSALVA MARTINEZ OROZCO

Tesis presentada para optar por el título de Licenciado en
Derecho con Reconocimiento de Validez Oficial de
Estudios de la SECRETARIA DE EDUCACION PUBLICA,
según acuerdo número 86809 con fecha 13 - VIII - 86

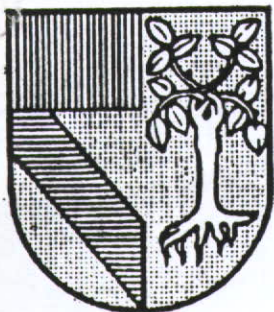
ZAPOCAN, JAL., AGOSTO DE 1997

CLASIF: TE DER 1997 MAR.
ADQUIS: 46576 lej.
FECHA: 23-5-02
DONATIVO DE _____
\$ _____

93 h.

500 Incluye referencia bibliográfica, pp. 90-93

1. Términos legales del contrato
2. Tesis y disertaciones académicas



UNIVERSIDAD PANAMERICANA



SEDE GUADALAJARA

**UNIVERSIDAD PANAMERICANA
SEDE GUADALAJARA
BIBLIOTECA**

**UN PUNTO DE VISTA MERCANTIL SOBRE EL CONTRATO
DE ASOCIACION EN PARTICIPACION**

IRMA ROSALVA MARTINEZ OROZCO

Tesis presentada para optar por el título de Licenciado en
Derecho con Reconocimiento de Validez Oficial de
Estudios de la SECRETARIA DE EDUCACION PUBLICA,
según acuerdo número 86809 con fecha 13 - VIII - 86

ZAPOPAN, JAL., AGOSTO DE 1997



UNIVERSIDAD PANAMERICANA

SEDE GUADALAJARA

DICTAMEN DEL TRABAJO DE TITULACIÓN

C. SRITA. IRMA ROSALVA MARTÍNEZ OROZCO
Presente

En mi calidad de Presidente de la Comisión de Exámenes Profesional y después de haber analizado el trabajo de titulación en la alternativa TESIS titulado: UN PUNTO DE VISTA MERCANTIL SOBRE EL CONTRATO DE ASOCIACIÓN EN PARTICIPACIÓN presentado por usted, le manifiesto que reúne los requisitos a que obligan los reglamentos en vigor para ser presentado ante el H. jurado del Examen Profesional, por lo que deberá entregar siete ejemplares como parte de su expediente al solicitar el examen.

Atentamente
EL PRESIDENTE DE LA COMISIÓN



LIC. ALBERTO JOSÉ ALARCÓN MENCHACA

Zapopan, Jalisco a 25 de agosto de 1997

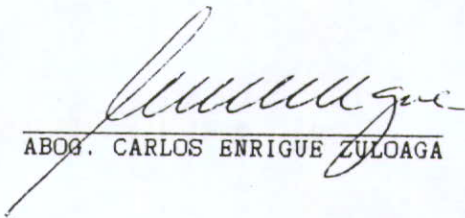
Guad., Jal., 25 de febrero de 1997

SR. LIC. DON
ALBERTO ALARCON MENCHACA
DIRECTOR DE LA ESCUELA DE DERECHO
SEDE. GUAD. DE LA UNIVERSIDAD PANAMERICANA

Me es grato comunicarte que he leído el trabajo que IRMA ROSALVA MARTINEZ OROZCO presente como tesis profesional con el título de "un punto de vista mercantil sobre el contrato de asociación en participación".

Que el referido trabajo cumple los requerimientos formales impuestos por la universidad y resulta de interes juridico, a más de complementarse con las citas y abudante bibliografía por lo que considero tiene los elementos necesarios para su aprobación.

Me es grato enviarte un cordial saludo.



ABOG. CARLOS ENRIGUE ZULOAGA

c.c.p. Irma Rosalva Martinez Orozco.

INDICE

	Página
INTRODUCCION	9
CAPITULO I	
LA ASOCIACION EN PARTICIPACION Y SU EVOLUCION HISTORICA	
1.1. ANTECEDENTES HISTORICOS	11
1.1.1. Pueblos Primitivos	11
1.1.2. Babilonia	12
1.1.3. Derecho Romano	12
1.1.4. Edad Media	13
1.2. LA COMENDA MERCANTIL	14
1.3. ANTECEDENTES LEGALES	15
1.3.1. Derecho Francés	16
1.3.2. Derecho Italiano	16
1.3.3. Derecho Español	17
1.3.4. Derecho Mexicano	17
1.3.4.1. Código de Comercio de 1854	17
1.3.4.2. Código de Comercio de 1884.	19
1.3.4.3. Código de Comercio de 1890.	19
1.3.4.4 Ley General de Sociedades Mercantiles	20

CAPITULO II

NATURALEZA JURIDICA DE LA ASOCIACION EN PARTICIPACION

2.1.	ASPECTOS GENERALES SOBRE LA ASOCIACION EN PARTICIPACION .	21
2.2.	LA ASOCIACION EN PARTICIPACION EN EL DERECHO COMPARADO .	23
2.2.1.	Derecho Mexicano	23
2.2.2.	Derecho Francés	24
2.2.3.	Derecho Italiano	24
2.2.4.	Derecho Español	25
2.2.5.	Derecho Argentino	26
2.2.6.	Derecho Chileno	26
2.3.	PECULIARIADIDADES DE LA ASOCIACION EN PARTICIPACION .	26
2.3.1.	Ausencia de Personalidad	26
2.3.2.	Falta de Patrimonio Propio	28
2.3.3.	Carácter Oculto de la A. en P.	29
2.4.	CARACTERES DEL CONTRATO DE ASOCIACION EN PARTICIPACION .	32

CAPITULO III

ASPECTOS CONTRACTUALES Y EFECTOS CON TERCEROS DE LA ASOCIACION EN PARTICIPACION

3.1.	ELEMENTOS DEL CONTRATO DE ASOCIACION EN PARTICIPACION .	34
3.1.1.	El consentimiento como elemento de existencia	36
3.1.2.	El objeto como elemento de existencia	37
3.2.	DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES	38
3.2.1.	Obligaciones del Asociado	38
3.2.1.1.	Obligación de efectuar una aportación	38
3.2.1.2.	Obligación de sufrir las posibles pérdidas	39
3.2.2.	Obligaciones del Asociante	40

3.2.2.1.	Obligación de realizar el negocio	40
3.2.2.2.	Obligación de rendir cuentas	41
3.2.3.	Derechos del Asociante	41
3.2.3.1.	Derecho de aportación	41
3.2.3.2.	Derecho de Administración	41
3.2.4.	Derecho del Asociado	42
3.2.4.1.	Derecho de aportación	42
3.2.4.2.	Derecho de exigir la realización del o los negocios	42
3.2.4.3.	Rendición de cuentas y derecho de control	42
3.2.5.4.	Derecho a percibir las utilidades del o los negocios realizados	43
3.2.5.6.	Derecho de restitución de bienes	44
3.3.	PROPIEDAD DE LOS BIENES APORTADOS	44
3.4.	RELACION CON TERCEROS	46

CAPITULO IV

LA EXTINCION DE LA ASOCIACION EN PARTICIPACION

4.1.	EXTINCION DE ACUERDO CON LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES MERCANTILES.	48
4.1.1.	Expiración del término establecido en el contrato	49
4.1.2.	Imposibilidad de continuar realizando el objeto principal del contrato o consumación del mismo	49
4.1.3.	Por mutuo consentimiento.	50
4.1.4.	Por aplicación de la fracción IV del artículo 229 de la L.G.S.M.	50
4.1.5.	Muerte de alguna de las partes	50
4.1.6.	Exclusión del asociado	51
4.1.7.	Renuncia o retiro de alguna de las partes	52
4.1.8.	Otras causas de extinción	53
4.1.8.1.	Pérdida de la calidad de comerciantes y prohibición de comerciar	53
4.1.8.2.	Quiebra del asociante	54

4.2.	RESCISION DE LA ASOCIACION EN PARTICIPACION	55
4.2.1.	Por aplicación en forma análoga de la fracción I del artículo 50 de la L.G.S.M.	55
4.2.2.	Infracción a las cláusulas del contrato	56
4.2.3.	Infracciones a disposiciones legales que rijan a la Asociación en Participación	56
4.2.4.	Comisión de actos fraudulentos o dolosos	57
4.2.5.	Quiebra, interdicción o inhabilitación del asociante	58
4.3.	NULIDAD DE LA ASOCIACION EN PARTICIPACION	58
4.3.1.	Nulidad absoluta de la Asociación en Participación	59
4.3.2.	Nulidad relativa de la Asociación en Participación	61
4.3.2.1.	Vicios del consentimiento	61
4.3.2.2.	Lesión	63
4.4.	LIQUIDACION DE LA ASOCIACION EN PARTICIPACION	64
4.4.1	Rendición de cuentas	65
4.4.2	Liquidación	66

CAPITULO V

SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS DE LA ASOCIACION EN PARTICIPACION CON OTRO TIPO DE CONTRATOS

5.1	LA ASOCIACION EN PARTICIPACION Y LAS SOCIEDADES EN GENERAL	68
5.1.1.	Ausencia de Personalidad	69
5.1.2.	Carácter Bilateral	71
5.1.3.	Patrimonio	72
5.1.4.	La forma del contrato	73
5.1.5.	Gestión de las operaciones.	74
5.1.6.	Funcionamiento, disolución y liquidación	75
5.1.7.	Distribución de utilidades y pérdidas	76

5.2.	LA ASOCIACION EN PARTICIPACION Y LAS SOCIEDADES IRREGULARES Y LAS SOCIEDADES OCULTAS	77
5.2.1.	Sociedades Irregulares	77
5.2.2.	Sociedades Ocultas	78
5.3.	LA ASOCIACION EN PARTICIPACION Y LA SOCIEDAD EN COMANDITA SIMPLE	80
5.4.	LA ASOCIACION EN PARTICIPACION Y LA APARCERIA	81
	CONCLUSIONES	84
	ABREVIATURAS	89
	BIBLIOGRAFIA	90

INTRODUCCIÓN

La Asociación en Participación, figura a la cual a lo largo del presente trabajo denominaremos A. en P., es un contrato que en virtud de sus características propias permanece ignorado respecto a terceros, de ahí que nos resulte complicado precisar la cantidad de contratos que de esta naturaleza puedan existir, sin embargo, tenemos conocimiento de que en la práctica si se utilizan aunque no con la misma popularidad de otros contratos.

Dada la escasa legislación que nuestro sistema legal ofrece respecto a la A. en P., además de la similitud que presenta con otras figuras jurídicas, hemos considerado necesario realizar el presente trabajo el cual expondremos en cinco capítulos.

Dentro del capítulo I, señalaremos cuáles han sido los antecedentes de la A. en P. y sobre este tema podemos anticipar que la figura jurídica precursora de la A. en P. es la comenda mercantil, misma que se desarrolló durante la Edad Media, basicamente en las ciudades del Norte de Italia en las cuales dada su posición geográfica se propició el auge mercantil. Posteriormente en el mismo capítulo se señalarán algunos antecedentes legislativos tanto en países extranjeros como en el nuestro; y finalmente se expondrán algunas consideraciones sobre la Ley General de Sociedades Mercantiles y los proyectos del Código de Comercio que fueron presentados con posterioridad a esta.

En el capítulo II, analizaremos la naturaleza jurídica de la A. en P., la terminología, y el concepto tanto en el derecho extranjero como en el mexicano, Anticipándonos al contenido de este capítulo queremos manifestar que nosotros consideramos que se trata de un contrato mercantil diverso a la sociedad, y para sostener nuestro punto de vista hacemos hincapié en la ausencia de personalidad, patrimonio y razón social mismos que son atributos propios de las sociedades y de los cuales la A. en P. carece. Adicionalmete se analizará el carácter oculto de la A. en P. y se destacará su bilateralidad.

En el capítulo III, se analizarán los elementos del contrato de A. en P. partiendo de la teoría general del contrato. Expondremos algunas consideraciones sobre los derechos y obligaciones del asociado y del asociante. Se considerarán los derechos del asociado respecto al control de la negociación, a la rendición de cuentas y a la restitución de los bienes aportados, derechos que si bien no se encuentran contemplados dentro de las normas mercantiles en materia de A. en P., emanan de la aplicación supletoria de las normas que rigen a las sociedades en nombre colectivo y de las normas del derecho común.

Dentro del mismo capítulo III, se harán ciertas consideraciones respecto a la propiedad de los bienes aportados con motivo de la A. en P., se tratará de dar respuesta a las diferentes interrogantes que al respecto surgen; asimismo, se señalarán las implicaciones legales que respecto a los bienes tienen el asociante, asociado así como los terceros contratantes.

En el capítulo IV analizaremos las causas de extinción de la A. en P. conforme a las disposiciones de la Ley General de Sociedades Mercantiles, las causas de rescisión del contrato; las de nulidad, y como una consecuencia obligada la liquidación de la A. en P. Dentro de este apartado advertimos que si bien le son aplicables las reglas previstas para la sociedad en nombre colectivo, estas normas operan de manera parcial y condicionada en lo que se refiere a la A. en P., por que esta no es una sociedad ni una persona jurídica, y la aplicación de las mismas solo debe entenderse respecto a los contratantes, pero nunca respecto a terceros.

Finalmente, en el capítulo V, hacemos un estudio comparativo entre la A. en P. y algunas otras figuras afines con las cuales guarda cierta analogía, como lo son las sociedades mercantiles en general, la sociedad en nombre colectivo, la sociedad en comandita simple, las sociedades irregulares y el contrato de aparcería. Destacaremos semejanzas entre éstas figuras y la A. en P., y posteriormente sus diferencias.

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

CAPITULO I

LA ASOCIACIÓN EN PARTICIPACIÓN Y SU EVOLUCIÓN HISTÓRICA

Debido a la ausencia de una regulación más precisa respecto a la figura de asociación en participación, es indispensable realizar un estudio de la A. en P., que por modesto que resulte, esperamos contribuya a que posteriormente se logre una mejor regulación en esta materia, favoreciendo la actividad comercial en nuestro medio.

1.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Al estudiar los antecedentes históricos de la A. en P. es necesario remontarnos al origen del mismo Derecho Mercantil cuya evolución histórica da origen a múltiples instituciones jurídicas, tal es el caso de la *commenda* figura que la mayoría de los tratadistas considera como el antecedente de la A. en P.

Aun y cuando contamos con estudios previos que tratadistas han efectuado respecto al origen de la A. en P., antes de hacer cualquier afirmación, preferimos dejar constancia de los mas precisos antecedentes históricos de esta figura.

1.1.1. Pueblos Primitivos

Las primeras manifestaciones de la A. en P. como institución jurídica se encuentran en la *commenda*. Los Tschuktchos del Norte de Asia y Beréberes del África Septentrional practicaban la *commenda* en los viajes y expediciones mercantiles para el tráfico de pieles de

reno; en la cual una de las partes aportaba capital que consistía generalmente en pieles, y la otra parte aportaba su trabajo que consistía en la realización del viaje, participando ambos de los beneficios obtenidos por el trueque efectuado. ¹

1.1.2. Babilonia

En el año 2000 A.C. en Babilonia, en el Código de Hammurabi aparece la figura de sociedad similar a la sociedad en comandita simple en la cual una de las partes proporcionaba fondos a la otra parte que era el o los comerciantes, quienes se obligaban a devolver dichos fondos mas el interés fijados, además de una participación en los beneficios o utilidades del negocio. En esta figura solo el socio comerciante era el que efectuaba las relaciones externas.

2

Aun y cuando esta figura ha sido considerada la de una sociedad, específicamente una comandita por acciones, la naturaleza jurídica de esta figura parece ser mas bien la de una *commenda* esto en virtud de la cuestionabilidad del reparto de los beneficios o utilidades del negocio entre los socios como elemento esencial de esta figura. Aun y cuando en algunas partes del Código en cuestión parece indicar la existencia de un reparto de los beneficios entre las partes, la realidad es que en ninguna parte del texto se establece expresamente como un elemento de esta figura.

Cualesquiera que sea la naturaleza de esta figura ya la de una sociedad o bien la de una *commenda*, podemos considerarla como un antecedente de la A.en P.

1.2.3. Derecho Romano

En lo que se refiere al Derecho Romano, podemos citar dos importantes figuras jurídicas que pueden ser consideradas como antecedentes de la A. en P., estas son la *admissio* o *asumptio* y las sociedades *vectigales* o *publicanorum*.

¹ Cfr. REHME, Paul; "Historia Universal del Derecho Mercantil", Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, España, 1941, p.45.

² Cfr SOLA CAÑIZARES, Felipe "El Contrato de Participación en el Derecho Español y en Derecho Comparado". Madrid, España 1945 p.5

La *admissio* o *asumptio* consistía en la admisión de un tercero a una sociedad, esto con el desconocimiento del resto de los socios, limitándose a recibir resultados relativos a su aportación, esto sin convertirse en socio de la misma.

Las sociedades *vectigales* tenían como objeto la recolección de impuestos (entonces llamados *vectigal*), que era en cierta forma la renta pagada al estado por concepto del derecho de uso de puerto así como por la explotación de bienes públicos.

Estas sociedades estaban integradas por los *mancepes* o *publicanus* (quienes eran los titulares de los derechos de explotación de los bienes públicos), los socios y por último se encontraban los *adfinis* quienes a través de algún socio efectuaban aportaciones y recibían los beneficios, los *adfinis* no tenían relación directa con terceros y sus aportaciones no estaban sujetas a los riesgos de las actividades sociales.

En el año 64 A.C. la publicación de la *Lex Claudia de Nave Senatorium* se restringió a los senadores la realización de actividades comerciales, por esta razón muchos senadores trataron de esconder sus actividades comerciales a través una participación oculta bajo el carácter de *adfinis* en las sociedades *vectigales*.

Algunos tratadistas consideran que las sociedades *vectigales* son un antecedente de las sociedades mercantiles pero no de la A. en P., nosotros nos atrevemos a considerarlas como un antecedente de la A. en P. debido a su similitud en la relación exclusivamente interna entre los socios y los *adfinis*, así como por el *anonimato* en el que los *adfinis* permanecían con respecto a los terceros contratantes con estas sociedades.

1.1.4. Edad Media

Durante la Edad media el descubrimiento de nuevas rutas de navegación marítima propició de manera directa el florecimiento comercial, especialmente en aquellas ciudades situadas geográficamente a los largo de estas rutas tal como era el caso de las repúblicas del Norte de Italia.

Debido al tránsito constante al que estaban sujetos los navegantes y a efecto de satisfacer las necesidades de sus prácticas comerciales se vieron obligados celebrar acuerdos con comerciantes locales, siendo la *commenda* la figura utilizada para tales fines.

Adicionalmente en la Edad Media la *commenda* representó el instrumento más adecuado para que los usureros eludieran las prohibiciones canónicas del préstamo con interés.

1.2. LA COMMENDA MERCANTIL

Tal como se ha dejado asentado, la *commenda* fue una figura utilizada en los tiempos primitivos, en Roma y durante la edad media lo que nos indica que la *commenda* era una figura sumamente popular tal vez debido a la simplicidad de su funcionamiento en el campo comercial.

La *commenda* gozó de gran importancia en la vida económica mercantil, tanto en las ciudades italianas como en la península ibérica. En la época medieval se utilizó tanto en relaciones públicas como privadas y se manifestó bajo diversas formas debido a sus variadas acepciones: como relación jurídica coincidente con el depósito y el comodato; como guarda o tutela de menores, mujeres o personas que carecían de capacidad jurídica plena o que necesitaban de una especial protección; como medio para llevar a cabo la voluntad del testador o para administrar justicia y como contrato mercantil.³

La *commenda* se puede definir como el contrato por virtud del cual una persona llamada *commendatore*, *commendans*, o *socius stans*, confiaba a otra llamada *tractator*, *commendatario*, *portador* o *commendatarus* mercancías o dinero para que las comerciara en un viaje, que normalmente era marítimo, en el interés común, participando ambos de pérdidas y ganancias en la proporción establecida.⁴

³ MARTINEZ GUIJON; "La comenda en el derecho español. I. La comenda depósito", en "Anuario de Historia de Derecho Español", Serie Iª., T. XXXVI, Madrid, España 1966, p.386.

⁴ MARTINEZ GUIJON; "La comenda en el derecho español. II. La comenda mercantil", en "Anuario de Historia de Derecho Español", Serie Iª., T. XXXVI, Madrid, España 1966, p.386.

La commenda presenta dos formas denominadas: *accommoda* o *societas maris*, en la cual el capital para traficar era también del tractator, siendo entonces bilateral o llamada *collegantia*, representativa del contrato en el que había aportaciones de ambas partes; y la otra llamada implícita o unilateral en la que el capital era aportado únicamente por el *commendatore*.⁵

De acuerdo a lo anterior podemos resumir que en función a las aportaciones económicas existieron dos tipos de commenda: unilateral en la cual en *commendatario* aportaba únicamente industria que generalmente consistía en la realización del viaje ya sea marítimo o terrestre y el segundo tipo era la commenda bilateral en la cual tanto el *commendatario* como el tractor aportaban capital.

De conformidad con lo anterior, la commenda era una institución prácticamente universal debido al auge y desarrollo logrado, especialmente durante la época del mercantilismo. Bajo el entendimiento de que la commenda no daba lugar al nacimiento de una persona jurídica distinta del comerciante y del asociado, y a la ausencia de un fondo común, constituye el principio y antecedente inmediato de la A. en P., esto en virtud de que en la commenda, principalmente en la *participatio* intervenían personas ajenas al comercio, tal como era el caso de los senadores romanos quienes debían permanecer ocultos en la realización de actividades comerciales, reflejando de esta manera un contrato que permanecía ignorado por terceros, y que respondía al estímulo asociativo con fines lucrativos.⁶

1.3. ANTECEDENTES LEGALES

Habiendo citado algunas de las instituciones mas notables que antecedieron la aparición de la A. en P., como figura jurídica consideramos pertinente exponer de manera

⁵ MARTINEZ GUIJON; "La comenda en el derecho español. II. La comenda mercantil", en "Anuario de Historia de Derecho Español", Serie Iª., T. XXXVI, Madrid, España 1966, p.386.

⁶ Cfr. RAMIREZ BAÑOS, F. "La Asociación en participación en el derecho positivo mexicano", en "Revista de la Universidad de San Carlos", No. 63, Guatemala 1964, p. 60 y 61.

breve y precisa algunos antecedentes jurídicos en los que se regula expresamente esta institución.

1.3.1. Derecho francés

En el año de 1579, bajo la ordenanza de Blois encontramos que la A. en P. se encontraba ya regulada bajo el nombre de *société anonymé, compte la demi o compte en participation*, de acuerdo a este ordenamiento existía la obligación de registrar este tipo de contratos.

Con posterioridad a la Ordenanza de 1673, la A. en P. daba origen a una verdadera sociedad entre los asociados, misma que permanecía ajena a terceros, ya que únicamente el que negociaba con ellos era el obligado y por lo tanto era el único contra quien se podían ejercitar acciones legales.

El Código de Comercio de 1808 reglamentó la A. en P. en forma sumaria, simplemente se buscaba dar una configuración legal a este contrato, que el uso y la costumbre previamente habían introducido en la vida comercial.

1.3.2. Derecho Italiano

"Las asociaciones en participación fueron en todos los tiempos conocidas y practicadas en el Comercio, naciendo de la ocasión, y terminando con ella, fáciles de formarse, igual que determinarse; la libertad de sus acciones y su rápido movimiento ofrecieron más ventajas a la especulación para que el comercio pudiese transcurrir." ⁷

En el rubro de operaciones de comercio especiales determinadas, el Código Arbertino regula la A. en P. como una asociación pasajera, momentánea y que no se manifiesta frente a terceros.

⁷ DELANGLE, M; "Delle Società di Commercio" Libro I, del Libro I del Códice di comercio; tr. D'Angelo Guiseppe, Venezia, 1847. p. 360.

En el Código de Comercio de 1882 y posteriormente en los artículos 2549 y 2554 del ya unificado Código Civil de 1942 se reglamenta a la A. en P. bajo el mismo concepto adoptado por las reglamentaciones precedentes, previniendo la posibilidad de la realización de operaciones mas duraderas.

1.3.3. Derecho Español

Dentro del derecho español el antecedente jurídico mas relevante de la A. en P. lo encontramos en el Código de Comercio de 1829, el cual en sus artículos 354 a 358 reglamentaba esta figura bajo la denominación de *Sociedades accidentales* o *Cuentas en Participación*.

El artículo 354 del código en cuestión establecía: "Pueden los comerciante, sin establecer compañía formal bajo las reglas que van prescritas, interesarse los unos en las operaciones de los otros contribuyendo para ello en la parte del capital que convenga haciéndose participe de los resultados prósperos o adversos, bajo la proporción que determinen".

1.3.4. Derecho Mexicano

En su obra titulada *Derecho Mercantil, Fundamentos e Historia*, Fernando Vázquez Arminio expone que aún y cuando México obtuvo su independencia de España en el año de 1821, con lo que consecuentemente México se desligaba de la obligatoriedad de la aplicación de las disposiciones legales de España, la realidad fue que se continuaron aplicando estas disposiciones legales.

1.3.4.1 Código de Comercio de 1854

No fue hasta el 16 de mayo de 1854 cuando se promulgo en México el primer Código de Comercio, mismo que tenía aplicatoriedad en el Distrito Federal y Territorios Federales.

El Código de Comercio de 1854 refleja una fuerte influencia de la legislación española y al igual que el Código de Comercio español de 1829 denomina a la A. en P. como *Sociedad Accidental o Cuentas en Participación*.

Aparentemente este Código considera y no considera a la vez a la A. en P. como una compañía, esto debido a que en su artículo 263 la reconoce como una *compañía mercantil en participación* y sin embargo en el artículo 234 en el que se reconocen las especies de compañía de comercio enumera únicamente a la sociedad colectiva, sociedad en comandita y a la sociedad anónima, ignorando a la A. en P. como tal.

Adicionalmente este ordenamiento refleja una ausencia de control sobre la A. en P. y como evidencia de ello se puede citar que el mismo omite dar una definición de la misma, y en su artículo 266 la reconoce como sociedad y sin embargo la exime del cumplimiento de las formalidades de las sociedades.

En lo que se refiere al artículo 267 especifica que la responsabilidad de la A. en P. recaía únicamente sobre el comerciante quien se actuaba bajo su propio nombre frente a terceros y siendo el único en contra quien se podían ejercitar acciones legales y el único que podía ejercitar acciones legales contra los terceros con los que contrataba.

El Código de Comercio de 1854 tuvo una breve vigencia debido a que el 23 de octubre de 1856 fue abrogado por el entonces Presidente Ignacio Comonfort al responder una consulta respecto a la vigencia del mismo, habiendo señalado que el mismo había quedado derogado por los artículos primero y séptimo de la Ley del 23 de Noviembre de 1855, la cual establecía que en materia comercial las leyes aplicables eran las previas a 1853 con lo que consecuentemente recobraba vigencia las Ordenanzas de Bilbao.⁸

El artículo quinto del decreto imperial del 15 de julio de 1863 restableció la vigencia del Código de Comercio de 1854 estableciendo adicionalmente la formación de los tribunales especificados en dicho ordenamiento a efecto de conocer de los asuntos mercantiles existentes y que se iniciaren en un futuro.

⁸ Cfr. VAZAUZ ARMÍNIO, Fernando; "Derecho Mercantil Fundamentos e Historia", Editorial Porrúa, México 1977, p.131 y s.

1.3.4.2 Código de Comercio de 1884

El Código de Comercio de 1884 fue el primer código de aplicación federal, adoptando del Código de 1854 a la A. en P. Como aspectos mas relevantes de este nuevo Código podemos citar los siguientes:

- En el ordenamiento legal en cuestión, la A. en P. es ubicada en el Libro Segundo relativo a las *operaciones de comercio*, bajo el Título Segundo relativo a las *compañías de comercio*; adicionalmente se dedica todo el Capítulo XI en el que establece su régimen jurídico.
- Es el primer ordenamiento legal que asigna a la figura jurídica materia de nuestro estudio la denominación de *Asociación en Participación*.
- De acuerdo a su definición, establecida en el Artículo 620, la A. en P. era considerada como una *sociedad* formada entre dos o más personas, de las que cuando menos una era comerciante. Dicha *sociedad* tenía como objeto la realización de uno o varios negocios determinados pero no estaba sujeta a los requisitos y formalidades legales de las sociedades.
- Se establecía que cada uno de los socios participes conservaba la propiedad de los bienes aportados y consecuentemente la titularidad de las acciones legales relativas a dichos bienes.
- Se establece la obligación para el asociante de concluir los negocios objeto de la A. en P., así como la liquidación y rendición de cuentas.

1.3.4.3 Código de Comercio de 1890

El aspecto mas relevante de este Código es la exclusión de la A. en P. del apartado relativo a las sociedades, y dentro del título relativo a *las asociaciones* se distingía y regulaban dos tipos de ellas: la *asociación momentánea* y la A. en P. propiamente dicha.

El artículo 270 se establecía: "La asociación en participación es aquella en la cual se interesan dos o más personas en operaciones que tratan en su propio nombre una o varias, siempre que estas constituyan una sola entidad jurídica. No hay entre los terceros y los asociados que no contratan ninguna acción directa"

Como se puede observar, en contravención al Código de 1884, este Código restablece el principio de la ausencia de relación jurídica entre los asociados y los terceros contratantes.

1.3.4.4 Ley General de Sociedades Mercantiles

Por decreto del 28 de diciembre de 1933 se expidió la Ley General de Sociedades Mercantiles misma que fue publicada el 4 de agosto de 1934 en el Diario Oficial de la Federación. El artículo cuarto transitorio de esta ley, deroga el Título Segundo del Libro Segundo del Código de Comercio de 1890, que comprendía los artículos 89 a 272 relativos a las Sociedades de Comercio.

Esta nueva ley unifica tanto a la asociación momentánea como a la asociación en participación, encuadrándolas bajo la figura de A. en P., así mismo de acuerdo a su definición se le da el carácter de contrato.

Aún y cuando lo analizaremos con posterioridad queremos anticipar algunos de los aspectos más destacados en torno al régimen jurídico al que queda sujeta la A. en P. en virtud de esta ley, puntualizados a continuación:

- Por ser un simple contrato y no una sociedad, la A en P. carece de personalidad jurídica.
- El contrato debe constar por escrito
- Frente a terceros los bienes aportados por el asociado serán considerados propiedad del asociante.
- El asociante actúa en nombre propio con lo que consecuentemente no se crea ninguna relación jurídica entre el asociado y los terceros.

Aun y cuando muchos han sido los proyectos de ley que han intentado reunificar la materia mercantil en un solo ordenamiento legal, estos no han prosperado no obstante que algunos ofrecen la solución a algunas de las múltiples lagunas que sufre la legislación mexicana en materia mercantil, concretamente en lo que se refiere a la A. en P.

CAPITULO II

NATURALEZA JURÍDICA DE LA ASOCIACIÓN EN PARTICIPACIÓN

2.1. ASPECTOS GENERALES SOBRE LA ASOCIACIÓN EN PARTICIPACIÓN

Como pudimos observar en el capítulo anterior, desde su origen la A. en P. ha adolecido de imprecisiones en cuanto a su naturaleza jurídica, siendo dos las posturas al respecto; la primera considera a la A. en P. una sociedad, y la segunda le niega tal carácter y le atribuye una naturaleza meramente contractual.

A efecto de asignar a la A. en P. ya bien de una naturaleza contractual o societaria, consideramos indispensable que de manera previa procedamos al análisis de ambas figuras jurídicas.

Ante la ausencia de una definición de *contrato* en las disposiciones mercantiles, es necesario remitirnos de manera supletoria al los artículos 1792 y 1793 del Código Civil para el Distrito Federal. En los citados artículos se establece que los convenios son acuerdos de voluntades entre dos o mas personas para crear, transferir, modificar o extinguir derechos y obligaciones; asimismo, en forma genérica se establece que son específicamente los contratos los que crean y transfieren derechos y obligaciones. En resumen podemos definir al contrato como el acuerdo de voluntades entre dos o mas personas que crea y transmite derechos y obligaciones.

Por otra parte la Ley General de Sociedades Mercantiles en su artículo primero procede a *reconocer* las especies de sociedades mercantiles y omite dar una definición de *sociedad* motivo por el cual recurriendo a los medios disponibles podemos definir a la sociedad como: el contrato mediante el cual dos o más personas constituyen una

agrupación, obligándose a aportar dinero, bienes o actividad laboral de cualquier tipo para desarrollar una actividad económica y lucrarse con sus productos.⁹

Con el propósito de analizar los elementos de la A. en P. y no influir en el animo de los lectores en relación a su naturaleza, consideramos necesario dejar constancia de definición que el artículo 252 de la L.G.S.M. establece respecto a la A. en P., disposición que a la letra dice: "La asociación en participación es un contrato por el cual una persona concede a otras que le aportan bienes o servicios una participación en las utilidades y en las pérdidas de una negociación mercantil o de una o varias operaciones de comercio"

Las anteriores definiciones dejan expuestas importantes similitudes entre la A. en P. y las sociedades, tales como su naturaleza contractual por nacer de un acuerdo de voluntades de las partes, la aportación de bienes de bienes, la persecución lucro, además de que ambas se encuentran reguladas por la L.G.S.M.

No obstante las similitudes citadas, en nuestra opinión el nacimiento de una persona jurídica diferente a los socios que es inherente de las sociedades pero no de la A. en P. es mas que determinante para negarle la naturaleza societaria. Para quienes la anterior diferencia no sea suficiente, adicionalmente podemos citar la denominación o razón social, la obligatoriedad de constar en escritura pública así como la necesidad de su registro a las cuales se encuentran sujetas las sociedades y que no son propias de la A. en P.

Del análisis histórico efectuado en el capitulo previo observamos que la misma legislación mexicana, los legisladores vacilaron en lo referente a la naturaleza jurídica de la A. en P., pues el Código de Comercio de 1854 le asignó el carácter de sociedad, el cual fue posteriormente modificado por el Código de 1890 que le asignó a la A. en P. un carácter meramente contractual. Aun y cuando históricamente dentro de nuestra legislación encontramos dos posturas opuestas, el criterio que prevalece, y el que desde luego compartimos es que la A. en P. es de naturaleza meramente contractual tal como queda establecido en el artículo 252 de la L.G.S.M.

Por otra parte, queremos dejar asentado que existen muchos que no están de acuerdo con nuestra opinión y afirman que la A. en P. es una sociedad, esto en virtud de que las

⁹ ENCICLOPEDIA SALVAT. T. XI. Salvat. España, 1976. v. "sociedad"

mismas leyes le asignan tal carácter (tal como es el caso de nuestro ya obsoleto Código de Comercio de 1884, en el que se establecía que la A. en P. no estaba sujeta a las formalidades previstas para las *otras sociedades*); o bien su fundamento para tal afirmación estriba en el simple hecho de estar regulada por la Ley General de *Sociedades* Mercantiles y les son aplicables supletoriamente disposiciones relativas a las sociedades en nombre colectivo.

Respecto a los argumentos sostenidos por quienes adoptan una postura opuesta a la nuestra queremos manifestar, aplicando el principio legal que establece que los contratos se rigen por el contenido de sus cláusulas y no por el nombre que les es asignado; que la naturaleza de la A. en P. no es cuestión de semántica o de denominación, sino que su naturaleza atiende a sus elementos característicos y al régimen jurídico al que se encuentra sujeta.

2.2. LA ASOCIACIÓN EN PARTICIPACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO

Como segundo apartado dentro del presente capítulo pasaremos a examinar algunos aspectos relativos a la regulación jurídica de la A. en P. en diferentes legislaciones, que como ya observamos es objeto de controversias doctrinales debido a la imprecisión de sus normas, motivo por el cual es especialmente complicado el determinar su naturaleza.

De manera ejemplificativa expondremos algunas definiciones que respecto a la A. en P. adoptan diversas legislaciones y al amparo de las mismas reiteramos que las principales posturas legales son la que sostiene su carácter exclusivamente contractual y la que le atribuye un carácter societario.

2.2.1. Derecho Mexicano

La A. en P. se encuentra regulada por el capítulo XIII de la Ley General de Sociedades Mercantiles, mismo que comprende los artículos 252 a 259, encontrándose su definición en el artículo 252, y aún cuando su texto ha sido previamente citado consideramos conveniente hacerlo de nuevo.

Artículo 252.- La asociación en participación es un contrato por el cual una persona concede a otras que le aportan bienes o servicios una participación en las utilidades y en las pérdidas de una negociación mercantil o de una o varias operaciones de comercio.

Como se observa, por definición legal el Derecho Mexicano considera a la A. en P. como un contrato que de acuerdo a los artículos 253 y 254 carece de personalidad jurídica, razón social y de denominación; además de que como formalidad la ley únicamente le exige el que conste por escrito, siendo estos atributos opuestos a los de las sociedades.

2.2.2. Derecho Francés

El Código Civil francés asigna a la A. en P. la denominación de *société en participation* y en su artículo 1871 dispone que la A. en P. es una sociedad que no sujeta a las formalidades prescritas para otras sociedades que no constituye una persona moral, cuya existencia no se revela a terceros que contratan con ella sino que cada socio contrata con terceros en nombre personal; asimismo la ley limita a estas sociedades de la capacidad de emitir títulos negociables en provecho de los socios.

Consecuentemente para el derecho francés la A. en P. es una *société de personnes* distinta de las sociedades comerciales, y la cual no goza de personalidad jurídica ni patrimonio propios y sus integrantes permanecen ocultos frente a terceros.

2.2.3. Derecho Italiano

En el artículo 2549 del Código Civil italiano de 1942 se le asigna a la A. en P. la denominación de *associazione in partecipazione*. De acuerdo al artículo 2553 de este código en la A. en P. el asociante otorga al asociado una participación en las utilidades de su empresa o de uno o mas negocios, esto a cambio de la aportación de bienes. En caso de que del negocio resultaren pérdidas el asociado esta obligado a absorber las pérdidas en la misma proporción en la que hubiera participado de las utilidades pero sin exceder del equivalente a su aportación en el negocio. Adicionalmente el artículo 2247 del mismo código establece que

la *associazione in partecipazione* carece de personalidad jurídica y de patrimonio propios característicos de las sociedades.

De acuerdo a la denominación que le fue asignada se infiere que para el derecho italiano esta figura jurídica es considerada un contrato de carácter asociativo y por este carácter es asimilada a las sociedades.

2.2.4. Derecho Español

Como previamente señalamos, el Código Civil español asigna a la A. en P. el carácter contractual y la denominación de *cuentas en participación*, y su artículo 239 prescribe: podrán los comerciantes interesarse unos en las operaciones de los otros contribuyendo para ellos con la parte del capital que convienen y haciéndose partícipes de sus resultados prósperos o adversos en la participación que determinen.

De acuerdo al artículo 240 del mismo ordenamiento, esta figura no requiere de formalidades para su celebración, carece de razón social y el asociante obra bajo su nombre y responsabilidad personal y no se puede usar mas crédito directo que el del asociante, siendo además este el único sujeto de las acciones legales inherentes al negocio.

2.2.5. Derecho Argentino

Bajo la legislación argentina, la A. en P. es denominada como una *sociedad accidental o en participación* y se encuentra regulada por la *Ley de Sociedades Comerciales*, que la contempla como una sociedad que tiene por objeto la realización de una o mas operaciones determinadas y transitorias, misma que opera mediante aportaciones comunes y a nombre personal del *socio gestor*.

Bajo los lineamientos legales del derecho argentino, esta figura jurídica es una sociedad oculta, transitoria para una o mas operaciones determinadas la cual carece de denominación y personalidad jurídica además de que no requiere de formalidad alguna para su constitución ni tampoco de registro.

De conformidad con la exposición de motivos de la Ley de Sociedades Comerciales del derecho argentino, publicada el 25 de abril de 1972, la razón para considerar a la A. en P. como una *sociedad anómala* es por que esta figura carece de personalidad jurídica propia pero a pesar de ello crea entre sus integrantes un vínculo de carácter social.

2.2.6 Derecho Chileno

En la legislación chilena la A. en P. se encuentra regulada en los artículos 507 a 511 del Código de Comercio definiéndola como ' un contrato por el cual dos o más comerciantes participan en una o muchas operaciones mercantiles, instantáneas o sucesivas, que debe ejecutar uno de ellos en su nombre y bajo su crédito personal, con la obligación de rendir cuentas y dividir con sus asociados en la forma convenida, las ganancias o pérdidas.'

Como se puede observar en su definición, la A. en P. es considerada en el derecho chileno como un contrato distinto de la sociedad en el cual sus participantes son denominados como *asociados* y no socios como sucede en el caso de las sociedades. Al igual que en la legislación mexicana, la legislación chilena la A. en P. se encuentra regulada en el mismo ordenamiento que regula a las sociedades mercantiles.

2.3. PECULIARIDADES DE LA ASOCIACIÓN EN PARTICIPACIÓN

2.3.1 Ausencia de Personalidad

En el artículo primero de la L.G.S.M. se enumeran en forma limitativa primero los tipos de sociedades mercantiles, consecuentemente la propia ley limita el principio la autonomía de la voluntad para la creación de otras sociedades diferentes a las expresamente previstas por la ley.

Como atributo propio de las sociedades se encuentra la personalidad jurídica distinta a los socios que la integran, inclusive la propia ley le reconoce este atributo a las sociedades irregulares (aquellas constituidas pero no inscritas en el Registro Publico de Comercio).

Por lo que a la A. en P. se refiere, el artículo 253 de la L.G.S.M. le niega en forma expresa y tajante el atributo de la personalidad jurídica propia característico de las sociedades, pero no de la A. en P., ya que en esta última es uno de sus partícipes quien actúa en nombre propio y no en nombre de sus integrantes y menos aún en representación de una sociedad mercantil o persona moral.

Aun y cuando para nosotros resulte claro que la A. en P. no es una sociedad, habrá quienes insistan en que si lo es, e inclusive se exteriorizan como tales frente a terceros; bajo tal supuesto resultaría aplicable el párrafo tercero del artículo segundo de la L.G.S.M., mismo que establece:

Las sociedades no inscritas en el Registro Público de Comercio que se hayan exteriorizado como tales frente a terceros, consten o no en escritura pública, tendrán personalidad jurídica.

De acuerdo a lo anterior, cuando bajo el amparo de una A. en P. se exteriorizan como *sociedades*, o bien utilizan una razón social seguida de la expresión 'A. en P.', pierde el carácter contractual y por disposición legal se consideraran como *sociedades irregulares* pero nunca como una A. en P. con personalidad jurídica. Bajo tal supuesto, de acuerdo al párrafo cuarto del mismo artículo, les serán aplicables las reglas de este tipo de sociedades y no las de los contratos de A. en P.

Se sostiene que la carencia de personalidad jurídica en la A. en P. no implica en modo alguno la inexistencia societaria, la cual tiene plena existencia y vida en la faz interna de esta figura entre sus participantes, "conservando por impero de la ley los medios técnicos necesarios para operar en el medio económico como tal, aunque sin nombre social y adquiriendo sus derechos y obligaciones a través del asociante".¹⁰

Nosotros nos manifestamos en desacuerdo con esa afirmación, pues bajo nuestro criterio ni siquiera internamente existe una sociedad en la A. en P. ya que es el asociante quien actúa en su nombre y por su propia cuenta siendo consecuentemente el único titular y responsable de las acciones legales inherentes al negocio realizado; adicionalmente es el quien

¹⁰ Cfr. MUGUILLO, Roberto Alfredo; opus cit., p. 77

responde frente a terceros con su propio patrimonio ya que, como veremos posteriormente, la A. en P. carece de un patrimonio propio.

De acuerdo a las disposiciones del Código Civil, el nombre, nacionalidad y domicilio son atributos de las persona físicas y morales sin embargo por lo que se refiere a la A. en P. nos encontramos que carece de ellos, siendo el asociante quien actúa bajo su propio nombre, y su responsabilidad individual, como hemos indicado.

A manera de conclusión de este apartado podemos decir que la *personalidad jurídica* es un atributo propio de las sociedades sin el cual no les es posible cumplir sus fines, de manera opuesta encontramos que en la A. en P. el asociante es quien actúa por cuenta y nombre propios, siendo el titular de las acciones legales derivados del o los negocios que realiza, motivo por el cual no requiere de una *personalidad jurídica* distinta a la propia para llevar a cabo los fines contratos con el asociado mismos que se traducen en la ejecución de uno o varios negocios.

2.3.2. Falta de Patrimonio Propio

En lo que al patrimonio se refiere, con relación a la A. en P. el artículo 257 de la L.G.S.M. establece: " Respecto a los terceros, los bienes aportados pertenecen en propiedad al asociante, a no ser que por la naturaleza de la aportación fuere necesaria alguna otra formalidad, o que se estipule lo contrario..."

Como se menciono previamente, el patrimonio es un atributo de la personalidad jurídica del cual por su naturaleza gozan las sociedades. Al carecer la A. en P. de personalidad jurídica propia, por la aplicación del principio de 'causa y efecto', carece consecuentemente de los atributos de la misma como lo es el patrimonio. Los bienes aportados con motivo de la celebración de una A. en P. pasan a ser propiedad del asociante salvo que se *estipule lo contrario*, como establece el propio artículo 257, pero de ninguna manera cabe la posibilidad de la creación de un patrimonio bajo el amparo de una A. en P.

Al respecto la Suprema Corte de Justicia ha sostenido: "Asociaciones en participación, personalidad de sus socios. Como las asociaciones en participación no tienen una

personalidad distinta de las de los asociados los bienes no pasan de la propiedad del aportante a la de la asociación" (Tomo LXI, Banco Nacional de México, S.A. p. 4437)

Aun en aquellas legislaciones en las que se le atribuye un carácter societario a la A. en P., contradictoriamente establecen en que los bienes aportados por el asociado pasan a ser propiedad del asociante, quien frente a terceros aparece como dueño exclusivo de ellos, o bien, establecen que cada uno conserva la propiedad de los mismos.

De conformidad con lo anteriormente expuesto, sin ahondar en la naturaleza y efectos de las aportaciones ya que será materia del capítulo tercero, concluimos en base al mismo artículo 257 y la opinión de la Suprema Corte, que en la A. en P. los bienes aportados pertenecen en propiedad al asociante salvo estipulación en contrario, quedando excluida la posibilidad de la creación de un patrimonio autónomo,

2.3.3. Carácter Oculto

El carácter oculto de la A. en P. se deriva del hecho de que su existencia no se exterioriza frente a terceros así como de que tampoco esta sujeto a inscripción en Registro Público, esto básicamente fundamentado en el hecho de que por naturaleza propia del contrato el conocimiento de su existencia resulta irrelevante pues la relación jurídica nace exclusivamente entre el asociante y los terceros que con el contratan.

Aun y cuando del análisis histórico pudiera atribuírsele una intención *dolosa* al animo de permanecer oculto, principalmente en el caso de algunos senadores romanos quienes encontrándose impedidos del ejercicio de ciertos actos de comercio recurrían a esta figura para llevarlos a cabo de manera indirecta; la realidad es que es la misma ley la que a través de sus disposiciones le atribuyen tal carácter, ya que establece que los contratos de A. en P. no están sujetos a registro (artículo 255), pues el asociante obra en nombre propio y no hay relación entre el asociado y los terceros (artículo 256) y los bienes aportados por el asociado pertenecen en propiedad al asociante (artículo 257).

De acuerdo con el artículo primero del Reglamento del Registro Público de Comercio, "El registro Público de Comercio es la Institución mediante la cual el Estado proporciona el servicio de dar publicidad a los hechos y actos jurídicos que, realizados por empresas

mercantiles o en relación con ellas, *precisan de ese requisito para surtir efectos contra terceros.*"

A este respecto Barrera Graff opina que estamos pues, en presencia de un negocio oculto, en el que el asociado no figura, ni tiene relación o responsabilidad alguna frente a los terceros que contrataran con el asociante. Si ellos llegaren a conocer la existencia de la A. en P., su naturaleza y el carácter de negocio oculto, éste subsistiría sin mengua. Salvo que en violación de la ley (arts. 253 y 256) se hiciera pública la A. en P., por medio de una razón social o de una denominación, o bien, de que cualquiera de las partes obrara a nombre de la asociación y no del asociante. ¹¹

Ahora bien, a pesar de que el contrato de A. en P. no es registrable, bajo ciertos supuestos la propia L.G.S.M. hace necesario su registro; aún y cuando de alguna forma ya se han citados ciertas disposiciones legales, con el propósito de facilitar el trabajo a los lectores consideramos conveniente hacerlo de nuevo:

L.G.S.M.

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

R.R.P.C.

Artículo 1º.- "El registro Público de Comercio es la Institución mediante la cual el Estado proporciona el servicio de dar publicidad a los hechos y actos jurídicos que, realizados por empresas mercantiles o en relación con ellas, precisan de ese requisito para surtir efectos contra terceros."

¹¹ BARRERA GRAF, Jorge, Instituciones de Derecho Mercantil, Editorial Porrúa, S.A., México 1991, p. 246 y 247.

Si se observa, estas disposiciones dan lugar a la necesidad de aclarar en que sección del Registro Público del Comercio deberán de inscribirse la o las cláusulas que especifique los términos en que los bienes son transmitidos en un contrato de A. en P. especialmente si tomamos en consideración que se trata de un contrato que en principio por disposición legal no esta sujeto a registro.

Dado que del análisis del R.R.P.C. no encontramos disposición alguna que diera respuesta a esta interrogante, por exclusión consideramos aplicable el artículo 32 de dicho ordenamiento que establece: "Corresponderán al Libro Segundo o a la segunda parte del Folio Mercantil, los asientos relativos a: I... VII. Los demás actos o contratos inscribibles que no estén destinados a otro libro o parte del Folio Mercantil."

Aún y cuando en principio la L.G.S.M. no exige el registro de los contratos de A. en P. bajo ciertos supuestos si lo hace necesario, pero no de igual forma que para las sociedades mercantiles ya que la inscripción de los contratos de A. en P. no opera por si misma, sino como una consecuencia de los términos a los cuales quedan sujetos los bienes aportados por el asociado para los fines de la A. en P.

Por otra parte, el R.R.P.C. en su artículo 39, previene que toda inscripción debe de expresarse la naturaleza del acto o contrato de que se trate, su objeto, valor, plazos y condiciones así como los nombres y apellidos de quienes intervienen en ellos. Como consecuencia directa de la inscripción de un contrato de A. en P., de acuerdo al citado artículo, quedaría expuestos públicamente los términos del mismo, perdiendo su carácter oculto. Sin embargo de acuerdo a la ejecutoria de la S.C.J. la naturaleza oculta del contrato de A. en P. se basa en el hecho de que sólo existen relaciones entre el asociado y el asociante y que el contrato no tienen existencia legal respecto a terceros, aún cuando estos la conozcan ya que únicamente surte efectos entre las partes.¹²

En conclusión, podemos decir que la A. en P. es oculta respecto al asociado cuyo propósito es no intervenir en las relaciones económicas del asociante y los terceros con quienes éste contrata; en caso de que la existencia de una A. en P. llegare a ser conocida por los terceros esto no cambiaría su naturaleza contractual. El carácter oculto de la A. en P. se

¹² Cfr. Ejecutorias de la S.C.J., en Informe al Seminario Judicial de la Federación, Quinta Época, Cuarta Parte, Tercera Sala, Tomos: XXXIV p.2663, LXVII, p.3881 y 3918, y en la Sexta Época, Cuarta Parte, Tercera Sala, Vol. LXXXVI, p. 22.

deriva de la propia L.G.S.M. que así lo permite y además establece de manera expresa que *no esta sujeto a registro* con lo que consecuentemente no esta expuesto a la publicidad de terceros, pues sus términos surten efectos únicamente entre las partes.

2.4. CARACTERES DEL CONTRATO DE ASOCIACIÓN EN PARTICIPACIÓN

Desde el punto de vista legal, el contrato de A. en P. es considerado como un contrato *bilateral* puesto que requiere del acuerdo de voluntades del asociante y asociado en lo que se refiere a la aportación de bienes, la realización de una o varias operaciones de comercio o bien para la explotación de una negociación mercantil así como en forma en que los resultados de dicha negociación serán participados entre los contratantes.

La A. en P. no requiere de solemnidad alguna ya que como dispone el artículo 254 de la L.G.S.M. el contrato de A. en P. deberá de constar por escrito con lo que consecuentemente cae en la categoría de un contrato *formal*.

Sin lugar a duda el contrato de A. en P. es un contrato de carácter *oneroso* pues los provechos y gravámenes pesan sobre ambas partes, para el asociado es la obligación de aportar bienes versus la participación en los beneficios del negocio; y para el asociante es la materialización del negocio versus la obligación de participar al asociado de los beneficios del mismo. Adicionalmente podemos afirmar que el contrato de A. en P. tiene implícita una naturaleza *mercantil* siendo el asociado quien aporta bienes y el asociante su trabajo con el objeto de participar en un interés común, como es la obtención de utilidades; debido a lo anterior es incuestionable animo de lucro que las partes contratantes persiguen.

Debido a que el resultado del negocio objeto de la A. en P. es desconocido por las partes al momento de contratar, y que es indispensable esperar hasta que el asociante concluya con las operaciones del o los negocios para determinar si hubo beneficios o pérdidas, nos encontramos ante un contrato de carácter *aleatorio*.

Como previamente analizamos, la ley contempla la posibilidad de que los bienes aportados por el asociado no pasen a la propiedad del asociante (artículo 257 L.G.S.M.). Por este motivo habrá que atenderse a cada caso para determinar si el contrato de A. en P. que se

celebración traslativo de dominio o no. Bajo este criterio no es posible afirmar que la traslación de dominio es una característica propia de la A. en P.

CAPITULO III

ASPECTOS CONTRACTUALES Y EFECTOS CON TERCEROS DE LA ASOCIACIÓN EN PARTICIPACIÓN

En el capítulo precedente hemos considerado que la A. en P. es un contrato por lo que dentro de este capítulo procederemos a exponer algunas consideraciones sobre el mismo y así poder ubicar sus elementos y los efectos del mismo con respecto a los terceros contratantes.

3.1. ELEMENTOS DEL CONTRATO DE ASOCIACIÓN EN PARTICIPACIÓN

Dentro del derecho positivo mexicano se establece una distinción entre los términos *convenio* y *contrato*, siendo de acuerdo a los artículos 1792 y 1793 del Código Civil aplicable en materia Federal, el primero el género y el segundo la especie sin embargo a ambos les son aplicables las mismas disposiciones. Cabe señalar que el Código Civil para el estado de Jalisco se abstiene de hacer distinción entre ambos términos.

El contrato, es el acuerdo de dos o más voluntades para crear o transferir derechos y obligaciones; pero el término contrato tiene diversas acepciones como documento, en el que se contienen las diversas cláusulas que establecen las partes, como norma privada entre las partes, vrg. contrato-ley; como acto jurídico, y, por último, para la doctrina germano-italiana como negocio jurídico. Respecto a este último la literatura y legislación mexicanas distinguen únicamente entre hecho y acto jurídico omitiendo la noción de negocio jurídico ¹³

¹³ Cfr. ORTIZ URQUIDI, "Hechos, actos y negocios jurídicos". Ensayo en revisión a las bases fundamentales de su teoría general, en "Revista de la Facultad de derecho", UNAM, T. IX. No. 35 y 36, julio-diciembre 1959.

Existen hechos y acontecimientos que son irrelevantes para el derecho por no producir consecuencias de derechos ni motivan supuesto jurídico alguno, sin embargo existen otros hechos que si resultan relevantes en el ámbito jurídico por producir consecuencias de derecho siendo calificados como *hechos jurídicos* sin embargo, es necesario que el derecho los reconozca como tales, al efecto el maestro Borja Soriano establece:

El hecho, para ser jurídico, necesita de una declaración de la ley que lo vincule a determinado efecto jurídico, por lo que se requiere, además de la actividad que produce el hecho, que el ordenamiento jurídico establezca que ese hecho origina tal hecho jurídico ¹⁴

Los hechos jurídicos pueden ser clasificados en *hechos jurídicos* en sentido estricto y en *actos jurídicos*; los primeros son aquellos en los que la voluntad del hombre no interviene o bien aunque intervenga es irrelevante ya que ese acontecimiento o hecho jurídico lleva implícita por si mismo consecuencias de derecho. En cuanto al acto jurídico se refiere de manera opuesta al hecho jurídico tiene su origen en la voluntad del hombre que se expresa con la intención de crear, transmitir, modificar y extinguir derechos y obligaciones.

Por otra parte encontramos que el negocio jurídico se traduce en una declaración de voluntad de un individuo que se dirige a un fin protegido por el ordenamiento jurídico; es decir, se trata de una declaración privada de la voluntad cuya finalidad es producir un efecto jurídico determinado. ¹⁵ Lo verdaderamente esencial del negocio jurídico es que la voluntad de sus autores regula sus propios intereses; es una combinación de un hecho y acto jurídico ya que este se deriva de un hecho jurídico pero en el se involucra la voluntad del hombre que se encuentra dirigida a un fin determinado.

Aún y cuando el negocio jurídico requiere de la intervención de la voluntad del hombre al igual que en el actor jurídico, el negocio jurídico se diferencia de aquel por que no solo se trata de la simple expresión de la voluntad sino que esa voluntad persigue un fin protegido por la ley y que es una voluntad manifestada, exteriorizada. Adicionalmente, "en el negocio jurídico existe la posibilidad de optar por la consecuencia jurídica que mejor satisfaga

¹⁴ BORJA SORIANO, Manuel; "Tratado General de las Obligaciones", T. I; Editorial Porrúa, México 1968, p.97

¹⁵ Cfr. RUGGIERO, Roberto de; "Instituciones de Derecho Privado", Tr. Ramón Serrano S. y José Santa Cruz Tejerio, T. I, Madrid, España 1944, p. 249.

los intereses del autor; en el acto jurídico, en cambio no existe tal posibilidad, es el ordenamiento jurídico el que determina las consecuencias ante la realización de determinado supuesto".¹⁶

El derecho común mexicano no recoge la teoría del negocio jurídico; se estructura al acto jurídico partiendo de la teoría general del contrato y a pesar de la distinción entre hecho, acto y negocio las consecuencias de estos siempre se producen *ex lege*.¹⁷

Tras haber expuesto algunas consideraciones sobre los conceptos de hecho jurídico, acto jurídico y negocio jurídico, e independientemente de la polémica doctrinal que existe en torno a estas figuras, partiremos de estos conceptos para analizar jurídicamente la figura de la A. en P.

Para que un acto jurídico produzca todas sus consecuencias, debe ser *eficaz*, y para serlo se precisa recurrir tanto a ciertos elementos de existencia y de validez. En cuanto a los elementos de existencia son aquellos que se requieren para dar vida al acto jurídico; en cuanto a los elementos de validez son los que, una vez nacido el acto jurídico, son requeridos para que su vida sea perfecta y no adolezca de vicios o defectos que lo afecten de nulidad, y relativa o absoluta.

3.1.1. El consentimiento como elemento de existencia

Según se desprende del artículo 1794 del Código Civil para el Distrito Federal, el consentimiento constituye un elemento de existencia de los contratos. En el caso del contrato de A. en P. dicho consentimiento se traduce en la concurrencia de voluntades tanto del asociante como del asociado; en la intención o resolución del asociado para la aportación de bienes al asociante, y la voluntad del asociante para llevar a cabo ciertas operaciones mercantiles y hacer participe al asociado de los beneficios o pérdidas que del mismo resulten.

¹⁶ SANCHEZ CORDERO Y DAVILA, Jorge; "Teoría General del Contrato" en "Introducción al Derecho Mexicano", T. I, UNAM, México 1981, p. 737.

¹⁷ Cfr. CORNEJO CERTUCHA, Francisco M.; "Acto Jurídico" en el "Diccionario Jurídico Mexicano", T.I UNAM, México 1982, p.84 .

Al no requerirse de la *tradición* de bienes para su perfeccionamiento ni tampoco la concurrencia de ambas partes en el momento de su celebración, la A. en P. es considerada como un contrato de carácter consensual pues basta con el acuerdo de voluntades de las partes para que el contrato exista. Si bien la ley exige que el mismo sea por escrito, esto es únicamente para constituir un medio de prueba del mismo pero no por constituir un elemento de existencia.

3.1.2. El objeto como elemento de existencia

Conforme al artículo 1794 del Código Civil, que establece el consentimiento como un elemento de existencia de los contratos, de igual forma establece el objeto el cual deberá de ser física y jurídicamente posible. El objeto de un contrato puede constituir una obligación de dar, de hacer o no hacer (artículo 1824 del Código Civil).

El objeto puede ser clasificado en directo e indirecto, siendo el objeto directo la conducta de los contratantes que se manifiesta como una prestación de hacer que consiste en entregar un bien o servicio y participar en las utilidades o en la pérdidas; y el objeto indirecto la cosa misa, los bienes o servicios y el porcentaje de utilidades y pérdidas. De acuerdo a lo anterior del contrato de A. en P. se derivan la prestación de un hecho y la prestación de una cosa.

Para la prestación de un hecho, en la A. en P. se requiere que la conducta que el obligado deba hacer sea posible ya que como mencionamos anteriormente el objeto de los contratos debe de ser tanto física como jurídicamente posible, además de que nadie esta obligado a lo imposible, como lo establece el artículo 1828 de Código Civil: "es imposible el hecho que no puede existir porque es incompatible con una ley de la naturaleza o con una norma jurídica que debe regirlo necesariamente y que constituye un obstáculo insuperable para su realización." Por otra parte los artículos 8 y 1830 del Código Civil y 77 del Código de Comercio disponen que las prestaciones de hecho deberán de ser lícitas y no contravenir el orden público ni las buenas costumbres.

En lo que se refiere a las prestaciones de dar el objeto o la cosa pactados estos deberán de ser tangibles es decir deben de existir en la naturaleza, ser determinados o determinables en cuanto su especie y estar en el comercio (artículo 1825 del Código Civil).

Por lo que se refiere a la A. en P., para el asociado la prestación de la cosa consiste en transmitir al asociante el dominio, uso o goce de bienes con el objeto de que este último realice los negocios acordados; por su parte para el asociante el objeto de su obligación será el empleo de los bienes recibidos para la realización de las operaciones de comercio y la entrega del porcentaje pactado sobre las utilidades o pérdidas resultantes de los negocios realizados; además de que en los casos en los que la propiedad de los bienes no le hubiera sido transmitido tendrá la obligación adicional de devolver los mismos al asociado.

3.2. DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES

3.2.1 Obligaciones del Asociado

3.2.1.1. Obligación de efectuar una aportación

De manera expresa la L.G.S.M. establece que por el contrato de A. en P. una persona concede a otras que le aportan bienes o servicios una participación en las utilidades, y en las pérdidas de una negociación mercantil o de una o varias operaciones de comercio. De lo anterior resulta que el asociado tiene como obligación el dar una aportación, siendo esta el objeto del contrato, es decir, la cosa que el obligado deba dar: bienes y derechos; o el hecho que el obligado deba hacer: servicios.

A pesar de que el dinero es el bien fungible por excelencia, como anteriormente vimos, no es el único bien que puede ser objeto de los contratos ya estos bienes pueden adoptar las mas variadas formas contempladas por la ley:

- Muebles e inmuebles que se encuentren dentro del comercio (artículos 747 a 759 del Código Civil).
- Las obligaciones, derechos o acciones que recaigan sobre bienes muebles o cantidades exigibles en virtud de acciones personales (artículo 754 del Código Civil y 384 del Código de Comercio).
- Acciones y partes sociales (artículo 755 del Código Civil).

- Los títulos de crédito (artículo 18 de la L.G.T.O.C.).
- Usufructo sobre bienes inmuebles y los frutos que de estos se produzcan y usufructo sobre capitales (artículos 980, 990, 995, 996, 1002 del Código Civil)
- Derechos sobre patentes, marcas, nombres comerciales y derechos de autor.

Como se puede observar los bienes susceptibles de ser aportados adoptan las mas diversas formas ya que como los establecimos no existe mas limite que el que dichos bienes existan en la naturaleza, que sean determinados o determinables y susceptibles de comercio.

En los casos en los que el asociado no sea el propietario de los bienes mas sin embargo tenga derechos sobre los mismos, o bien los bienes en cuestión sean títulos de crédito; conforme al artículo 12 de L.G.T.O.C. estará obligado a responder de la existencia y legitimidad de los mismos así como por la solvencia del deudor en caso de tratase de títulos de crédito.

Respecto a las aportaciones sociales cuando estas no sean en efectivo, los bienes deberán ser valuados al momento de su entrega, y salvo pacto en contrario serán consideradas como traslativas de dominio,¹⁸ ya que en relación a los terceros los bienes aportados por el asociado pertenecen en propiedad al asociante razón por la cual el artículo 257 de la L.G.S.M. requiere que la cláusula del contrato que contenga dicha estipulación sea inscrita en el Registro Público.

Cualesquiera que sea la aportación, esta constituye un elemento ajeno al asociante del cual se beneficia constituyendo el medio (y objeto del contrato) para la realización de cierta actividad económica. Bajo estas premisas el contrato de A. en P. no cambia en función al contenido de la prestación, a menos que dicha prestación no se de por alguna o ambas partes contratantes y en cuyo caso el contrato de A. en P. sería inexistente por carecer de objeto.

3.2.1.2. Obligación de sufrir las posibles pérdidas.

Por otra parte, el asociado tiene la obligación de sufrir en la proporción pactada, las pérdidas que pudieran resultar de la operaciones mercantiles llevadas a cabo por el asociante;

¹⁸ Cfr. Artículos 11 y 141 de la Ley General de Sociedades Mercantiles

en el supuesto de que no se hubiere pactado un porcentaje, estas deberán de distribuirse en los términos establecidos para las sociedades mercantiles señalados en artículo 16 de la L.G.S.M., con la limitante de que las pérdidas del o los asociados no excederán del valor de sus aportaciones, según lo dispone el artículo 258 de la citada ley. De acuerdo a lo anterior el mismo artículo 258 de la L.G.S.M. deja sin aplicación la última fracción del artículo 16 en la que se establece que: *el socio o socios industriales no reportaran las pérdidas.*

3.2.2. Obligaciones del asociante

3.2.2.1. Obligación de realizar el negocio

En primer lugar, el asociante tiene la obligación de realizar las operaciones o negocios pactados, actuando ya sea directamente o a través de sus representantes pero siempre apareciendo frente a terceros como el único dueño del negocio. Cabe señalar que el mismo asociado puede actuar como representante del asociante ya que no existe ninguna disposición legal que expresamente se lo impida; y bajo ese orden de ideas el asociado no se estaría obligando en forma personal con los terceros, sino que actuaría en nombre y representación del asociante.

Normalmente la gestión de negocios corresponde al asociante, lo que significa que la iniciativa económica está determinada por el y aunque no actúa en representación de algún ente con personalidad jurídica propia ni a nombre del asociado en sus relaciones internas con éste, deberá de observar la misma diligencia que se le impone a un mandatario. El asociante tiene la obligación de realizar las actividades convenidas en el contrato y está obligado a hacer todo lo posible para dar impulso a las operaciones de cuyos resultados participa al asociado.

Quien realiza en su nombre la gestión, no solo tiene el derecho sino también el deber de emplear la aportación del otro contratante de manera adecuada conforme a la naturaleza y finalidad del negocio.¹⁹

¹⁹ Cfr. GARRIGUEZ, Joaquín; "Instituciones"; *op. cit.*, p. 329 y s.

3.2.2.2. Obligación de rendir cuentas

Por otra parte, el asociante tiene además la obligación de rendir cuentas al asociado de las operaciones pactadas con la periodicidad establecida en el contrato, en ausencia de tal disposición en el contrato deberá de llevarse a cabo semestralmente ²⁰.

En lo que se refiere a la obligación del asociante de permitir al asociado un control sobre las operaciones y gestiones la L.G.S.M. no lo determina expresamente, pero podría pactarse en el contrato, y bajo tal supuesto el asociante tendría que permitir y facilitar dicho control.

3.2.3. Derechos del asociante

3.2.3.1 Derecho de aportación

El asociado tiene el derecho de exigir al asociante la entrega de la aportación convenida. Si el asociante no llegare a realizar la aportación convenida entonces el asociado tiene dos opciones, la primera es el ejercer el derecho de resolver el contrato y en su caso a exigir el pago de la indemnización si se hubiere convenido; y la segunda sería ejercer el derecho de exigir el cumplimiento del contrato.

3.2.3.2. Derecho de Administración

Bajo las características propias de la A. en P., en el entendido de que el asociado permanece ajeno al negocio, el asociante actúa como único dueño del negocio en virtud de lo cual tiene amplia libertad para su administración y goza de la facultad discrecional para tomar las decisiones relativas al mismo.

²⁰ Se establece este término por la aplicación supletoria de las disposiciones de las Sociedades en nombre Colectivo, específicamente nos referimos al artículo 43 de la L.G.S.M.

No obstante lo anterior por la libertad contractual establecida en la ley, las partes podrán establecer los lineamientos o criterios bajo los cuales el asociante deberá de administrar el negocio y en tal caso su derecho de libre administración estará circunscrito a dichos lineamientos.

3.2.4. Derechos del Asociado

3.2.4.1. Derecho de aportación

En el supuesto de que el asociante se hubiere obligado, además de llevar a cabo el negocio, a efectuar alguna aportación, el asociado tendrá, respecto al asociante el mismo derecho de exigirle el cumplimiento de su obligación de pago de la aportación convenida y si no lo hiciera, entonces el asociado también goza del derecho a exigir el cumplimiento o la rescisión del contrato.

3.2.4.2. Derecho de exigir la realización del o los negocios

El asociado tiene derecho de exigir al asociante la realización de las operaciones o negocios convenidos y a obligarse directamente e individualmente con los terceros contratantes, respondiendo de las posibles negligencias o por la realización de actos en su propio beneficio y en contra de los intereses del negocio.

3.2.4.3. Derecho de rendición de cuentas y de control.

En virtud de que el asociado permanece ajeno al negocio, sus derechos no pueden ser limitados únicamente a la rendición de cuentas, sino que además tiene derecho a saber, conocer y observar el desarrollo y los resultados de las operaciones que el asociante lleva a cabo.²¹

²¹ El derecho de rendición de cuentas se encuentra fundamentado en la aplicación supletoria de las disposiciones de las sociedades en nombre colectivo de la L.G.S.M., específicamente nos referimos al artículo 47 de la misma.

46576

BIBLIOTECA INTERNACIONAL DE AMERICANA

Como las partes tienen amplia libertad contractual, en el contrato se puede pactar que el negocio se lleve a cabo bajo ciertos lineamientos, y a pesar de que la ley no establece en forma expresa que el asociado tiene de control sobre los negocios objeto de la A. en P. este derecho puede resultar del acuerdo de las partes. Cabe señalar que el derecho control no deriva la participación del asociado en la titularidad del negocio ya que por la misma naturaleza de la A. en P., éste pertenece en forma exclusiva al asociante.

Las partes podrán extender y regular el derecho de control en los términos que consideren conveniente o inclusive también pueden limitarlo única y exclusivamente al derecho de rendición de cuentas ya que gozan de la libertad contractual prevista por el artículo 255 de la L.G.S.M.

3.2.4.4. Derecho a percibir las utilidades del o los negocios realizados.

El asociado tiene derecho de recibir del asociante la participación de las utilidades resultantes de la A. en P., como vimos anteriormente, dicha participación debe de efectuarse en las proporciones pactadas y a falta de estipulación al respecto se observará lo dispuesto en los artículos 16 y 17 de la L.G.S.M. mismos que transcribimos:

Artículo 16.- 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 fuesen varios, esa mitad se dividirá entre ellos, por igual; y
- III. El socio o socios industriales no reportarán las pérdidas

Artículo 17.- No producirán ningún efecto legal las estipulaciones que excluyan a uno o más socios de la participación en las ganancias.

De acuerdo al artículo 258 las pérdidas que correspondan al asociado no podrán ser superiores al valor de su aportación por lo que consecuentemente la fracción tercera del previamente transcrito artículo dieciséis no tiene aplicación en la A. en P.

3.2.4.5. Derecho de restitución de bienes.

En los casos en los que el asociado hubiere transmitido únicamente el derecho de uso o goce de los bienes y no su propiedad, entonces tendrá derecho a exigir al asociante la restitución de dichos bienes una vez concluido el negocio.

Aún y cuando los bienes aportados por el asociado pasan al patrimonio del asociante y respecto a los terceros dichos bienes le pertenecen en propiedad, por estipulación en contrario las partes pueden acordar que los mismos sean restituidos a quien los hubiera aportado. Tal restitución obedece a que los bienes se aportan para la consecución de un negocio de carácter mercantil, y que una vez concluido, los bienes deberán regresar al patrimonio de quien los aportó.

3.3. PROPIEDAD DE LOS BIENES APORTADOS

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

Dado que bajo la A. en P. no se da origen a un ente con personalidad jurídica propia, ni tampoco hay un patrimonio social, los bienes que se aportan para la realización de las operaciones o la explotación de una negociación mercantil no ingresan a algún ente social, por que no existe ninguno, sino lo que ocurre es que dichos bienes ingresan al patrimonio de quien ha de realizar tal actividad económica, sin embargo es necesario precisar en que calidad ingresan, y si es necesaria o no la titularidad del derecho de propiedad sobre esos bienes a efecto de poder llevar a cabo los negocios propios de la A. en P.

Decir que respecto a terceros los bienes aportados pertenecen en propiedad al asociante, significa que las aportaciones del asociado se entregan a título traslativo de domino, cuando menos frente a terceros.²² El término *frente a terceros* implica que entre las partes contratantes cada uno conserva la propiedad de dichos bienes, y que en tal caso, el asociante no tiene dicha propiedad

Hay quienes difieren de la anterior postura y opinan que el asociante si adquiere la propiedad de los bienes, ya que si únicamente se diere la disposición de ellos al asociante, los terceros acreedores se éste carecerían de la garantía debida sobre dichos bienes, los cuales no responderían por las deudas contraídas por el asociante en virtud de los negocios objeto de la A. en P.

La L.G.S.M. en el mismo artículo 257 prescribe que no se presumirá que los bienes son propiedad del asociante cuando por la naturaleza de los mismos sea necesario cumplir con alguna otra formalidad (como en el caso de los bienes inmuebles que requiere sean transmitidos mediante escritura publica); además cuando las partes acuerden que los bienes aportados no pasen a pertenecer en propiedad al asociante se impone la obligación de inscribir en Registro Público de Comercio la cláusula del contrato donde conste tal estipulación.

De esta suerte, si el asociado desea reservarse la propiedad de bienes muebles no sujetos a inscripción en algún registro público, es necesario que así se consigne en el contrato, y que el mismo se inscriba en el Registro Público de Comercio que corresponda al lugar en el que ejerce el comercio el asociante.²³

Cuando los terceros contratantes tengan conocimiento de que el asociante no es el propietario de los bienes, aún y cuando no se hubiere cumplido con la obligación de registrar la cláusula relativa, dichos terceros no podrán hacer valer el carácter traslativo de los bienes en virtud de la A. en P.

²² MANTILLA MOLINA, Roberto, L., "Derecho Mercantil"; Editorial Porrúa; México 1981, p. 86

²³ DÍAZ BRAVO, Arturo; "Contratos Mercantiles"; Editorial Harla, México 1987, p. 256

3.4. RELACIÓN CON TERCEROS

Se ha establecido que los terceros adquieren derechos y asumen obligaciones exclusivamente frente al asociante, ya que frente a estos el asociado no existe como parte del negocio; de ahí que éste no responde frente a los terceros, aún y cuando dichos terceros conozcan su condición de asociado, a excepción de aquellos casos en los que el asociado actúe personalmente en las operaciones con los terceros, o bien en los términos del artículo 1917 del Código Civil se determine la existencia de una responsabilidad solidaria del asociante y asociado frente a los terceros.

Como el asociado permanece ajeno en las relaciones jurídicas que surjan en virtud de los negocios realizados por el asociante con los terceros, los acreedores del asociante que hubieran adquirido tal carácter en virtud de las operaciones de la A. en P. y que conozca de la relación contractual que existe entre asociado y asociante, no podrán ejercitar acciones en contra del asociado; en todo caso solamente tendrían derecho a ejercitar la *acción oblicua o subrogatoria* por las aportaciones que el asociado adeude al asociante. La excepción a esta regla es el caso de que el asociante, fraudulentamente dispensará total o parcialmente al asociado del pago de las aportaciones pendientes, pues bajo estas circunstancias los terceros que llegaren a conocer de esta situación fraudulenta tendrían derecho a invocar la acción pauliana prevista en los artículos 2163 y 2169 del Código Civil.

CAPITULO IV

LA EXTINCIÓN DE LA ASOCIACIÓN EN PARTICIPACIÓN

Como cualquier otro contrato de carácter bilateral, la A. en P. puede extinguirse por las causas naturales de estos como lo son el vencimiento del plazo fijado en el contrato, el cumplimiento de su fin, el mutuo consentimiento de las partes, por la imposibilidad de dar cumplimiento al mismo. Adicionalmente en el caso concreto de la A. en P. al serle aplicables de manera supletoria las normas de las sociedades en nombre colectivo, serán causales de terminación las señaladas en los artículo 229 y 230 de la L.G.S.M., tales como la muerte de una de sus partes, la pérdida de las dos terceras partes del capital, incapacidad, por la exclusión o retiro de una de las partes, además de las anteriormente señaladas.

Por otra parte, como contrato bilateral (y además, en los términos del art. 50 frs. II y III LGSM), la A. en P. puede rescindirse por cualquiera de las partes en caso de incumplimiento de la otra parte, y demandar en ese caso el pago de los daños y perjuicios que tal incumplimiento provoque. Puede, igualmente la parte agraviada exigir el cumplimiento del contrato y también el pago de daños y perjuicios (art. 1949 C. Civ.). Procede también que la parte demandada oponga la excepción de contrato no cumplido, salvo que se plantee otra causa de terminación, o nuevos incumplimientos.²⁴

A lo largo del presente capítulo se expondrán y analizarán en forma mas detallada las causas de extinción de la A. en P. así como la forma en la que procede a la liquidación de la misma.

²⁴ BARRERA GRAF, Jorge, "Instituciones de Derecho Mercantil", opus. cit., p.248.

4.1. EXTINCIÓN DE ACUERDO CON LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES MERCANTILES

En atención a la libertad contractual que la L.G.S.M. confiere a las partes para que bajo un contrato de A. en P. *establezcan los términos, proporciones de interés y demás condiciones del contrato* (artículo 255), será el contrato mismo el que normalmente señale las causales de extinción.

El hecho de que el contrato señale ciertas causales de extinción del mismo no impide que de igual manera se puedan invocar las expresamente establecidas por la ley, aún y cuando no estuvieren contempladas en dicho contrato.

Para poder establecer las causas de extinción de la A. en P. es preciso señalar que dada su naturaleza contractual le son aplicables las normas de los contratos en general, y como el mismo artículo 259 de la L.G.S.M. señala, en materia de disolución y liquidación le serán aplicables supletoriamente las normas de las sociedades en nombre colectivo, siempre y cuando no contravengan las disposiciones propias de la A. en P.

Debe entenderse en primer termino que la A. en P. es un contrato de carácter bilateral, y segundo, que las disposiciones del artículo 229 de la L.G.S.M., que prescriben las causas de disolución de las sociedades en general, no pueden ser aplicadas en su totalidad a la A. en P.. Algunas de ellas, por ser causales de rescisión de los contratos en general, si le serán aplicables, pero no aquellas que establecen las causales de una persona moral puesto que la A. en P. es un simple contrato. Bajo este orden de ideas consideramos impropio utilizar el término *disolución*, siendo en nuestra opinión el término *extinción* o *terminación* mas adecuado por tratarse de un contrato.

Hechas estas consideraciones procederemos primeramente a exponer las causas de extinción de la A. en P. previstas por la L.G.S.M. y posteriormente se expondrán aquellas causas que no estén previstas en ella.

4.1.1. Expiración del término establecido en el contrato

La A. en P. se extingue por la expiración del plazo fijado dentro del mismo contrato, a menos de que no estuviere contemplado un acuerdo de prórroga que opere en forma automática bajo supuestos específicos como pudiera ser el caso de encontrarse pendiente la conclusión del negocio objeto de la A. en P. Esta causal esta contemplada en la fracción primera del artículo 229 de la L.G.S.M.

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

La imposibilidad de seguir realizando el objeto del contrato, que en el caso de la A. en P. se traduce de las operaciones mercantiles pactadas es considerada una causal de terminación de la A. en P.

De acuerdo al derecho común se esta bajo un supuesto de imposibilidad de cumplir el objeto cuando el mismo no puede existir, es incompatible con una ley de la naturaleza o con una norma jurídica que debe regirlo necesariamente y que constituye un obstáculo insuperable para su realización, a excepción hecha de los casos en los que un tercero pudiera ejecutar los actos del obligado, siempre y cuando no se hubiere pactado que el contrato deba ser cumplido personalmente por las partes contratantes. Por otra parte la quiebra del asociante no constituye una causal de terminación por imposibilidad de cumplir el objeto ya que el sindico puede dar cumplimiento al mismo o bien garantizar su cumplimiento.²⁵

En lo que se refiere a la consumación del fin del contrato constituye la causa natural por la que se extingue la A. en P. ya que ello implica la conclusión de las actividades mercantiles por parte del asociante y la consecuente distribución de los beneficios o pérdidas entre el asociado y asociante.

²⁵ Cfr. Artículos 1828, 1829 y 2064 del Código Civil y 139 de L.G.Q.S.P.

4.1.3. Por mutuo consentimiento

Al igual que todos los contratos, la A. en P. puede extinguirse por el mutuo consentimiento de las partes, consentimiento que a falta de estipulaciones contrario puede ser expresado de manera expresa o tácita. Bajo este supuesto dependerá del estado que guarde el negocio para determinar si procede la restitución de los bienes aportados o si corresponde una distribución de ganancias.

Para extinguir un contrato de manera anticipada, el mutuo consentimiento puede operar ya sea porque se haya establecido en el contrato o bien, por que las partes así lo determinen con posterioridad.

4.1.4. Por aplicación de la fracción IV del artículo 229 de la L.G.S.M.

La fracción IV del artículo 229 de la L.G.S.M. establece como causa de disolución que el número de los accionistas sea inferior mínimo que la ley establece. Aún y cuando la A. en P. no es una sociedad, esta fracción le es aplicable ya que si bien de acuerdo a la ley las sociedades requieren un mínimo de miembros para su constitución el cual varía en función de la especie que adopte; de igual forma la A. en P. al ser un contrato bilateral es precisa la existencia de sus dos partes: asociado y asociante, por lo que si el número de sus partes se reduce a una, perdería el carácter bilateral y operaría su extinción .

De igual suerte, en el supuesto de que la parte asociada y el asociante se confundan una misma persona el carácter de bilateralidad se perdería y consecuentemente conforme a derecho no habría A. en P.

4.1.5. Muerte de alguna de las partes.

Esta causal resulta de la aplicación de las normas propias de las sociedades en nombre colectivo que son aplicables supletoriamente a la A. en P., específicamente esta contemplada en el artículo 230 de la L.G.S.M. que prescribe:

La sociedad en nombre colectivo se disolverá, salvo pacto en contrario por la muerte, incapacidad, exclusión o retiro de uno de los socios, o por que el contrato social se rescinda respecto a ellos.

En caso de muerte de un socio, la sociedad solamente podrá continuar con los herederos cuando éstos manifiesten su consentimiento; de lo contrario, la sociedad, dentro del plazo de dos meses, deberá entregar a los herederos la cuota correspondiente al socio difunto, de acuerdo con el último balance aprobado.

Como se desprende del texto del citado artículo 230, en materia de A. en P. la muerte del asociante produce la extinción del contrato, a menos que se hubiere pactado la posibilidad de continuar el contrato con lo herederos de la parte fallecida. En el caso de que hubiere varios asociados y solo uno de ellos falleciere, la disolución de la A. en P. se produciría únicamente respecto a este, si es que no existiere pacto de extender el contrato con sus herederos; ante lo cual la liquidación se efectuaría en los términos del artículo 230 y el importe resultante sería entregado a la sucesión.

4.1.6. Exclusión del asociado

En materia de sociedades la exclusión de uno de los socios acarrea la disolución parcial del contrato social respecto de ese socio y la sociedad (artículo 230 L.G.S.M.), o bien, la disolución total del contrato si con dicha exclusión el número de socios es inferior al exigido por la ley (artículos 89 F.I y 229 F. IV de la L.G.S.M.), o se trata de una sociedad personal (artículos 230 y 231 L.G.S.M.); así la exclusión constituye una circunstancia que justifica la disolución de algunos contratos, como el de la sociedad anónima que se constituye con cinco socios y se excluye a uno de ellos.

En el caso de la A. en P., por tratarse de un contrato de carácter bilateral, toda situación que provoque la retirada de una de sus partes traerá como consecuencia la extinción total del contrato. Por ser la A. en P. un contrato y no una sociedad no es posible la exclusión de un ente que no existe, bajo este orden de ideas se procederá a la resolución del

contrato de A. en P. si alguna de las partes no cumple con sus obligaciones; es decir, si el asociado se comprometió a aportar bienes y servicios y no lo hace, o si el asociante no realiza las operaciones previstas en el contrato.

Bajo el supuesto de incumplimiento de acuerdo al Código de Comercio procedería la resolución del contrato invocada por la parte inocente o bien el cumplimiento forzoso del contrato; y en ambos casos decreta el pago de daños y perjuicios para la parte inocente ; pero si en el contrato se ha fijado alguna pena convencional para el caso de incumplimiento la parte inocente podrá exigir de manera alternativa el cumplimiento del contrato o el pago de la pena prescrita.²⁶

4.1.7. Renuncia o retiro de alguna de las partes

La renuncia extingue relaciones duraderas aunque puede subsistir una relación de obligación simple cuando no se hayan cumplido ciertas prestaciones o subsistan derechos de indemnización fundados en infracciones al contrato.

En cuanto a la A. en P. se refiere, la renuncia o retiro tanto del asociado como del asociante, es una causa de extinción del contrato; ello acontece cuando el contrato no se pactó por tiempo determinado, y como a nadie puede ser condenado a permanecer de por vida en una relación contractual, existe el derecho de retirarse del contrato y consecuentemente de extinguirlo.

La separación o renuncia de las partes debe de ser de buena fe y será considerada maliciosa si una partes se propone aprovechar exclusivamente de los beneficios o evitar absorber las pérdidas que le pudieran correspondieran; en función a lo anterior el aviso de la separación de uno de los socios deberá de hacerse cuando las cosas se encuentren bajo un estado íntegro y no se perjudique a la otra parte con la disolución originada por tal renuncia.

²⁶ Cfr. Artículos 88 y 376 del Código de Comercio.

4.1.8. Otras causas de extinción

Aunque los estos supuestos tratados en este apartado no están directamente relacionados con las causas previstas para la extinción de las sociedades en nombre colectivo pueden acarrear la extinción del contrato de A. en P.

4.1.8.1. Pérdida de la calidad de comerciante y prohibición de comerciar

Bajo el supuesto de que el asociante perdiera la calidad de comerciante o le fuera prohibido comerciar, esto traería consigo la extinción de la A. en P. pues es el asociante quien tiene a su cargo la realización de actividades lucrativas y actos de comercio. De manera opuesta no sería causa de extinción si quien perdiera tal calidad fuera el asociado, pues para efectos de la A. en P. éste se encuentra al margen de las operaciones comerciales con los terceros

La prohibición de ejercer el comercio, constituye una causa para dar por terminado el contrato de A. en P., si el asociante después de haber celebrado el contrato de A. en P. adquiere la calidad de corredor, si quiebra y no ha sido rehabilitado, si en sentencia ejecutoria ha sido condenado por delitos contra la propiedad, incluyendo el peculado, el cohecho, la concusión o falsedad, no podrá ejercer el comercio, y por ello se verá impedido para continuar realizando operaciones de la A. en P. por lo que consecuentemente el contrato habrá de terminarse por la imposibilidad de cumplir su objeto así como por la incapacidad sobrevenida del asociante.

Consideramos necesario dejar en claro que para que el contrato de A. en P. se extinga por la imposibilidad de comerciar del asociante, se requiere que las operaciones relativas a su cargo sean reiteradas y hagan de él su ocupación ordinaria ²⁷, si éste fuera el caso y pierde la calidad de comerciante no podrá dar cumplimiento al objeto de la A. en P. lo que sería la causal de terminación. Si por el contrario la A. en P. tendría como objeto la realización de una operación aislada de comercio no es necesario con tener la calidad de comerciante para dar cumplimiento al mismo con lo que consecuentemente la A. en P. no sería susceptible de extinción.

²⁷ Cfr. Artículo 30 del Código de Comercio

4.1.8.2. Quiebra del asociante

Esta causa de extinción tiene íntima relación con la anterior ya que como lo señalamos bajo el supuesto de quiebra del asociante que no ha sido rehabilitado se acarrea la extinción del contrato por la imposibilidad de ejercer el comercio; sin embargo dicha causal no opera de manera absoluta pues la misma Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos señala en su artículo 139 que los contratos bilaterales celebrados por el quebrado antes de declarada la quiebra podrán ser cumplidos por el síndico en forma total o parcial, según lo autorice el juez

"Sabemos que un comerciante quiebra por no haber pagado sus deudas líquidas y vencidas, pero pudiera ser que en el momento de la quiebra sus obligaciones no sólo sean las que ya vencieron, sino también pueden ser que tenga obligaciones todavía por vencer. La quiebra tiene como principal objetivo vender los activos y con el producto pagar las deudas que no se pudieron cubrir; pero no sólo se pagan las deudas *ya vencidas* sino también aquellas que están *por vencer*." ²⁸

Bajo el supuesto de quiebra del asociante, el asociado tiene la facultad de solicitar al síndico que determine si se va a cumplir o a rescindir el contrato de A. en P., esto aún y cuando éste no sea exigible. Si la empresa del quebrado continúa operando el cumplimiento de la A. en P. será obligatorio siempre y cuando ésta tenga relación con dicha empresa.

Algunos tratadistas extranjeros sostienen en caso de quiebra del asociante este pierde el poder de realizar la gestión del negocio, y que el asociado puede hacer valer su crédito siempre que no sea absorbido por las pérdidas, y también debe desembolsar la parte debida al asociante. En el derecho mexicano no se da tal supuesto pues el síndico tiene la facultad de dar cumplimiento a los contratos bilaterales.

Ante un supuesto de liquidación de la empresa del asociante que constituya el objeto de la A. en P., las repercusiones son muy diferentes, pues ello traería la extinción de la A. en P. por falta de objeto.

²⁸ DÁVALOS MEJÍA, Carlos Felipe, "Quiebra y Suspensión de Pagos" en: "Títulos y Contratos de Crédito, Quiebras", Tomo III, Harla, México 1995, p. 73.

4.2. RESCISIÓN DE LA ASOCIACIÓN EN PARTICIPACIÓN

La rescisión se traduce en el incumplimiento de una obligación válida que produce lesión; su fundamento es el equilibrio perturbado de prestaciones, y su objeto es impedir tal efecto lesivo; la acción de rescisión corresponde a la parte perjudicada y a sus herederos e inclusive a sus acreedores.

En materia de rescisión de la A. en P. se prevé la aplicación supletoria de las disposiciones previstas para las sociedades en nombre colectivo, específicamente nos referimos a las contenidas en el artículo 50 de la L.G.S.M. adicionalmente puede pedirse la rescisión de la A. en P. si el asociante ejerce negocios del mismo género de ésta (artículo 35 de L.G.S.M.), o bien si no llevare un registro adecuado de los contratos (artículo 298 del Código de Comercio); si descuida o no realiza las operaciones o no rinde cuenta justificada de su cumplimiento (artículos 255 L.G.S.M. y 291 del Código de Comercio); y de igual manera si tanto el asociante como el asociado no entregan las aportaciones a que hubieran quedado obligados de acuerdo al contrato.

A continuación se expondrán algunas consideraciones sobre las causas de rescisión de la A. en P. conforme al artículo 50 de la L.G.S.M. que establece los supuestos por los que puede rescindirse el contrato de la sociedad en nombre colectivo respecto a un socio; en principio, dichas causas de rescisión se aplican a la A. en P. por disposición del artículo 259 de la L.G.S.M.

4.2.1. Por aplicación en forma análoga de la fracción I del artículo 50 del la L.G.S.M.

En la fracción primera del artículo 50 de la L.G.S.M. se prescribe que el contrato se rescinde “por el uso de la firma o del capital social para negocios propios”; esta disposición no sería aplicable en sentido estricto ya que como ha quedado establecido, la A. en P. por ser un contrato y no una sociedad carece tanto de una firma social como de capital social pues el asociante realiza las operaciones comerciales en nombre propio.

No obstante lo anterior es posible aplicar la fracción primera del artículo 50 en forma análoga en el supuesto de que el asociante empleara los bienes recibidos por el asociado en beneficio propio además de que complementándola con el artículo 376 del Código de Comercio se causaría la rescisión de la A. en P. bajo el supuesto de que el asociante no hiciera participe al asociado de los beneficios resultantes del negocio.

4.2.2. Infracción a las cláusulas del contrato

La infracción a las cláusulas del contrato constituye una causal de rescisión que se encuentra contemplada en la fracción segunda del artículo 50 de la L.G.S.M. Esta causal es aplicable en el supuesto de que cualquiera de los contratantes infrinja las disposiciones del contrato, la parte perjudicada tiene derecho a solicitar la rescisión del contrato en virtud de que el pacto celebrado entre ellas se ha concluido con su consentimiento.

El derecho común mexicano prescribe que la facultad de resolver las obligaciones se entiende implícitamente en las recíprocas, para el caso que uno de los obligados no cumpliera. Si el asociante o el asociado violan el contrato por no cumplir con sus obligaciones, la parte perjudicada puede optar entre el cumplimiento forzoso o la rescisión del contrato.²⁹

4.2.3. Infracciones a disposiciones legales que rijan a la Asociación en Participación.

Según lo contempla la fracción tercera del artículo cincuenta de la L.G.S.M., las infracciones o violaciones a las disposiciones bajo las cuales se rija el contrato de A. en P. constituye una causal de rescisión.

Las disposiciones aplicables en forma directa a la A. en P. son las contenidas en los artículos 252 a 259 de la L.G.S.M., además de las disposiciones legales de las sociedades en nombre colectivo que no contravengan las propias de la A. en P., mismas que están contenidas en los artículos 25 a 50 de la L.G.S.M.

²⁹ Cfr. artículos 1836 y 1949 del Código Civil.

Las infracciones a las disposiciones propias de la A. en P. tales como la creación de un patrimonio independiente del propio, la asignación de una razón social o denominación a la A. en P., y la manifestación ante terceros de tener un carácter de *socios* de la A. en P., mas que constituir una causal de rescisión podrían ser considerados como elementos de inexistencia de la misma, bajo este orden de ideas, además de violar las disposiciones previstas para este contrato, esta figura sería enmarcada dentro de las sociedades irregulares, según lo dispone el artículo segundo de la L.G.S.M.

Cuando las violaciones a las normas propias de la A. en P. se hagan de común acuerdo del asociante y asociado ambos responderán en forma solidaria, subsidiaria e ilimitadamente frente a terceros; sin embargo cuando dichas violaciones son realizadas por el asociante sin consentimiento ni conocimiento del asociado, el asociado no será culpable de dicha irregularidad y tendrá derecho a solicitar la rescisión del contrato y en consecuencia la liquidación de la A. en P.

4.2.4. Comisión de actos fraudulentos o dolosos

La comisión de actos fraudulentos o dolosos establecida como causa de disolución de las sociedades en nombre colectivo ³⁰, solo es aplicable para la A. en P. cuando el asociante realiza actos fraudulentos en contra del asociado, esto no sólo por la aplicación de esta disposición, sino también por aplicación del derecho común. aunque éste únicamente prevé la anulación de esos actos y no del contrato. (artículo 2163 del Código Civil).

De acuerdo a lo anterior, en supuesto de que en el contrato de A. en P. estipularan limitaciones en cuanto las actividades del asociante, y éste antes de participar al asociado de utilidades, realiza una quita o remisión o perdón de deuda en favor de alguno de sus deudores, derivados del contrato de A. en P., el asociado, por aplicación del artículo 2163 del Código Civil, tiene derecho a solicitar la anulación del acto o bien la rescisión del contrato. Sin embargo cuando el asociante de acuerdo al contrato tiene la libertad de actuar libremente en las operaciones comerciales propias de la A. en P. la rescisión del contrato sólo operaría cuando la quita, remisión o perdón se hace con dolo o mala fe.

³⁰ Esta causal se establece en la fracción IV del artículo 50 de la L.G.S.M.

Cuando existen actos fraudulentos o dolosos tanto por el asociante como por el asociado en contra de terceros, estos no pueden solicitar la nulidad del contrato, pero sí la de dichos actos, especialmente cuando de ellos resulta la insolvencia del asociante y el tercero es titular de un crédito a cargo del asociante que es anterior a los actos realizados.³¹

4.2.5. Quiebra, interdicción o inhabilitación del asociante

En la fracción quinta del artículo 50 de la L.G.S.M. establece como causa de rescisión de las sociedades en nombre colectivo la quiebra, interdicción o inhabilitación para ejercer el comercio, estas causales operan cuando el asociante se encuentra en tales supuestos.

Si el asociante quiebra o se encuentra inhabilitado par ejercer el comercio no le será posible continuar realizando las operaciones de comercio objeto de la A. en P. con lo que consecuentemente habrá que rescindir el contrato por la imposibilidad de cumplir el objeto del mismo además de la incapacidad del asociante para realizar las actividades comerciales. Bajo este supuesto, el síndico será el que declare la rescisión de la A. en P. (artículo 139 de la L.G.Q.S.P.)

Cuando el asociante antes de celebrar el contrato de A. en P. ya encuentra inhabilitado para ejercer el comercio, dicho contrato podrá ser declarado nulo en virtud de la falta de capacidad del asociante.

4.3. NULIDAD DE LA ASOCIACIÓN EN PARTICIPACIÓN

La ley ha establecido que no basta la creación de un acto, sino se requiere además que la voluntad o voluntades que en el intervinieron, sean plenamente conscientes de lo que hacen, deben por lo mismo ser capaces; y no basta que las partes sean capaces, se requerirá además que, siéndolo, externen su voluntad de manera libre y nunca forzadas, se busca también para que el acto valga, además de intervenir en el voluntades capaces y libres, el que éstas persigan

³¹ Cfr. artículos 2163 del Código Civil.

un objeto, los guíe un motivo o persigan un fin de los que la ley, o las buenas costumbre de la época, consideren como lícito; y por último una vez que esas voluntades capaces y libres persiguen un objeto, se guían por un motivo o persiguen un fin lícito, se deban exteriorizar al mundo del Derecho, en la forma o manera que éste determina.³² Los actos nulos, son en los que si se realizan los elementos de existencia pero de un modo imperfecto, Por este motivo, es que, o bien no producen ni un solo efecto jurídico como si fueren inexistentes, o bien no producen sus efectos sino provisionalmente, los cuales serán destruidos retroactivamente cuando se decreta la nulidad.³³

Al igual que como sucede con todos los contrato, para la A. en P. la nulidad constituye una sanción principal derivada de las diversas reglas de fondo, tales como: vicios del consentimiento, incapacidad, ilicitud del objeto o causa. Adicionalmente le son aplicables a la A. en P. algunas reglas de fondo propias de las sociedades, como la ausencia de aportaciones, y la no participación en las utilidades o en las pérdidas.

En todos estos casos existirá una nulidad, ya relativa ya absoluta en los términos del Código Civil, es decir, nulidad absoluta cuando el acto carezca de consentimiento o de objeto, o cuando este sea ilícito; y relativa cuando exista consentimiento pero esté viciado, o sea que alguno de los elementos tanto de existencia como de validez del acto adolezcan de algún vicio o defecto.

4.3.1. Nulidad absoluta de la Asociación en Participación

El contrato de A. en P., al igual que para las sociedades será nulo si su objeto o fin es ilícito (artículo 30 L.G.S.M.), contrario al orden público o a las buenas costumbres (artículo 1830 del Código Civil). En principio conceptos tales como *orden público* o *buenas costumbres*, resultan difíciles de precisar pues, se puede argumentar que las *buenas costumbres* cambian en función del lugar y de la época, o bien que todas las leyes son de *orden público*.

³² GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, "Derecho de las Obligaciones", Cajica, México 1980, p.93.

³³ *Ibidem.* p.95.

El derecho común establece los elementos de existencia de los actos jurídicos y las causas de invalidez, señalada que los actos inexistentes no producen efecto legal alguno además de que no son susceptibles de confirmación o prescripción, siendo inexistentes aquellos actos que carecen de consentimiento u objeto (artículo 2224 del Código Civil); sin embargo, a pesar de que se asigna el término *inexistencia*, el mismo ordenamiento legal bajo los mismos supuestos declara que los actos son *nulos* y no *inexistentes* tales como el constituir una renta vitalicia en favor de alguna persona fallecida, o bien la celebración de contratos a nombre de un tercero sin que se haya otorgado el poder necesario conforme a la ley (artículos 2779 y 1802 del Código Civil).

El Código Civil prescribe en su artículo 2226 que “la nulidad absoluta por regla general no impide que el acto produzca provisionalmente sus efectos, los cuales serán destruidos retroactivamente cuando se pronuncie por el juez la nulidad”, y añade que puede ser solicitada por cualquier interesado como lo pudieran ser los acreedores del asociante o del asociado, y no desaparece por confirmación o por prescripción. Esto se justifica porque tal nulidad sanciona la violación de normas jurídicas que protegen el interés general; sin embargo, se requiere que la solicite quien tenga un interés jurídico en dicha nulidad.

De acuerdo a lo anterior, la licitud de un contrato de A. en P. radica en que su objeto o motivo determinante para su celebración sea conforme a derecho, pues de si se celebrar un contrato de A. en P. con objeto realizar operaciones comerciales referidas al tráfico de estupefacientes, su objeto es ilícito y consecuentemente este contrato debe ser declarado nulo y en caso de ya haberse realizado operaciones deberá de procederse a la liquidación del contrato para pagar las deudas a los acreedores derivados del mismo, y si existiere algún remanente se aplicaría al pago de responsabilidad civil y en ausencia de ésta pasaría a la Beneficencia Pública de la localidad en la que el asociante tenga su domicilio, esto sin perjuicio de la responsabilidad penal a que hubiera lugar por haber incurrido en un delito contra la salud.³⁴

³⁴ Cfr. Artículos 20 de la Ley General de Sociedades Mercantiles y 193 y siguientes del Código Penal.

4.3.2. Nulidad Relativa de la Asociación en Participación

La nulidad relativa es la consecuencia de la existencia de algún vicio en la voluntad de los otorgantes o por defectos en la forma al momento de la celebración del algún acto jurídico y a diferencia de la nulidad absoluta ésta puede o solo puede ser invocada por las partes contratantes.

La ley excluye la nulidad para los contratos plurilaterales que dan nacimiento a una personal jurídica diferente de la de los otorgantes, como lo son las sociedades, esto constituye una diferencia radical con el contrato de A. en P. sobre el cual puede mandarse la nulidad y rescisión cuando carezca de alguno de sus requisitos de validez o cuando estos adolezcan de algún vicio.

4.3.2.1. Vicios del consentimiento

De acuerdo al derecho común existen vicios en el consentimiento cuando éste ha sido dado por error, arrancado por violencia o sorprendido por dolo (artículo 1812 del Código Civil), consecuentemente, el consentimiento de las partes debe ser el resultado de un acto libre y voluntario para que éste sea válido y produzca todas sus consecuencias legales. el consentimiento es un acto volitivo consciente por parte de los contratantes, si ha mediado error, dolo o violencia, aún y cuando provisionalmente surta efectos legales el contrato será nulo (artículo 2227 del Código Civil).

El *error* consiste en creer como verdadero aquello que es falso o como falso aquello que es verdadero; es decir, se trata de la falsa apreciación de la realidad. El error se difiere de la ignorancia porque ésta es la carencia de conocimiento sobre un objeto o materia determinada, y en el error el conocimiento existe pero de una forma equivocada. De hecho legalmente la ignorancia no exime del cumplimiento de una obligación y sin embargo el consentimiento dado por error si invalida el acto. Se distinguen las siguientes clases de error: 1) el error obstáculo que existe cuando uno de los contratantes otorga su consentimiento creyendo celebrar un acto jurídico diferente del que en realidad esta celebrando 2) el error nulidad que versa sobre el motivo determinante de la voluntad.

Para efectos de la A. en P. existe error obstáculo si el asociante o el asociado otorgan su consentimiento por error creyendo que celebran un contrato diferente como podría ser el de sociedad, cuando en realidad se trata de una A. en P.; existirá un error nulidad si el asociado decide dar su consentimiento por virtud del error en que se encontraba pudiendo consistir en la realización de actos de comercio diferentes a los que se creía se iban a realizar o bien sobre las cualidades personales del individuo que los realiza, o sea el asociante.

El *dolo* se define como toda gestión o artificio que se emplea con la intención de inducir o mantener al otro contratante en el error en que se encontraba, siendo la disimulación del error conocida como *mala fe*.

De lo anterior resulta que existen dos clases de dolo, el propiamente dicho, que consiste en maquinaciones o artificios para inducir a otro al error, y aquel por el cual se mantiene en error a quien ya lo sufre. La diferencia entre el error y el dolo radica en que en el error emana del sujeto que lo sufre por su falsa apreciación de la realidad sin que medie la influencia de otro sujeto, el dolo en cambio es propiciado por otra persona, o bien, se mantenga en él al sujeto.

Para que el dolo anule el contrato requiere contar con la realización material de sugerencias artificiosas, la intención de provocar error o de mantener en él, además de la intervención de otro sujeto, una de las partes o un tercero que sepa que el contratante se encuentra en el error además de que dicho error constituya el motivo determinante para la celebración del contrato.

De acuerdo a lo anterior, sería causa de nulidad que el asociante indujera al asociado a que diera a conocer su situación de partícipe a los terceros, si esta publicidad implicara la responsabilidad ilimitada frente a terceros, acreedores personales del asociante y derivados de operaciones de la A. en P., y si el asociado hubiere creído que su responsabilidad limitada no sufriría transformación alguna por el hecho de darse a conocer, y si por su parte el asociante lo mantuvo en su error; en tales condiciones operaría la nulidad del contrato porque el consentimiento estaría viciado.

En cuanto a la mala fe, de acuerdo al artículo 1836 del Código Civil solo puede ser considerada una causa de nulidad del contrato si esta proviene de alguna de las partes, pero no de un tercero.

Como lo mencionamos, la *violencia* constituye un vicio del consentimiento porque impide que la voluntad sea libre pues el consentimiento se otorga bajo el riesgo de perder la vida, la honra, la libertad o la salud o bien una parte considerable del patrimonio (artículo 1819 del Código Civil).

El Código Civil distingue dos tipos de violencia: la física y la moral; en la primera se recurre a la fuerza física para arrancar el consentimiento del contratante y en la segunda se trata de amenazas, pero en ambas se traducen en una intimidación que constituye una *amenaza* que actúa en la voluntad de una de las partes; no solo versan sobre el contratante sino que se extienden a su cónyuge, ascendientes, descendiente o parientes colaterales dentro del segundo grado.

4.3.2.2. Lesión

El término de lesión se encuentra contemplado en el artículo 17 del Código Civil, y señala que esta tiene lugar cuando alguno explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extremada miseria de otro, obtiene un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado.

La lesión opera y puede hacerse valer como rescisión o como nulidad en los contratos bilaterales, porque supone la comparación entre las prestaciones de las partes; en los onerosos por que suponen prestaciones recíprocas, y sobre todo en los conmutativos, porque en el momento de su celebración las prestaciones que las partes se deban deben de ser ciertas, de tal suerte que se pueda apreciar el beneficio o la pérdida que el acto o el contrato les cause; y precisamente la lesión debe de apreciarse en el momento de la celebración del contrato para poder determinar la desigualdad entre las prestaciones, y en consecuencia el perjuicio y desventaja económicos que se están produciendo en una de las partes.

En cuanto a la A. en P., no obstante que se trata de un contrato de carácter bilateral, la lesión no opera como en los contratos civiles por que su carácter aleatorio en lo que respecta a los resultados o utilidades; bajo estas circunstancias es imposible conocer las prestaciones de la A. en P. al momento de su celebración. Este criterio esta contemplado expresamente en el

artículo 385 del Código de Comercio pues establece que no procederá la rescisión de los contratos mercantiles por causa de lesión.

4.4. LIQUIDACIÓN DE LA ASOCIACIÓN EN PARTICIPACIÓN

A diferencia de las sociedades, la A. en P. no da lugar a una liquidación propiamente dicha, ya que las sociedades suponen un patrimonio a liquidar y a repartir, así como las relaciones con los terceros y la persona moral; en cambio en la A. en P. no existe una persona jurídica ni un patrimonio propio, sin embargo, la L.G.S.M. hace alusión al término liquidación probablemente por comodidad de lenguaje, ya que en realidad se trata de una rendición de cuentas de la asociante al asociado, a fin de determinar los derechos y obligaciones de cada uno de ellos.

De acuerdo con el artículo 259 de la L.G.S.M. la liquidación de la A. en P. deberá de hacerse, a falta de estipulaciones especiales, de acuerdo a las reglas previstas para las sociedades en nombre colectivo, pero por tratarse la A. en P. de un contrato y no una sociedad el procedimiento resulta mucho más sencillo e inclusive algunas disposiciones previstas para ello no podrán ser aplicadas a la A. en P.

La liquidación de un contrato de A. en P. no tiene un influjo sobre el resto de los negocios mercantiles del asociante, porque este tiene la libertad de llevar a cabo otros negocios mercantiles a título particular; en este sentido habrá una liquidación normal similar a la de una empresa individual pero no de una sociedad.

Una vez extinguida la A. en P., el asociante no puede emprender nuevas operaciones pero debe terminar aquellas que se encuentren pendientes de conclusión. Terminadas tales operación, o bien rescindido el contrato, el asociante debe de rendir cuentas de los bienes conferidos con el objeto de conseguir los fines de la A. en P., así mismo debe de rendir cuentas sobre las utilidades o pérdidas resultantes de la misma.

Para la liquidación de la A. en P., no es necesario el nombramiento de un liquidador puesto que no existe patrimonio social alguno, además de que solo se trata de un ajuste de cuentas entre asociado y asociante que puede hacerse sin la intervención de un liquidador; sin

embargo, si el asociante y el asociado optaren por nombrar un liquidador, este actuaría como mandatario de los contratantes pero no como el representante de una sociedad.

4.4.1 Rendición de cuentas

La rendición de cuentas se hace generalmente al concluir las operaciones comerciales que constituyeron la materia de la A. en P. Si el contrato se pactó por tiempo indefinido y las partes no disponen lo contrario, la rendición de cuentas deberá de efectuarse en forma semestral, esto por que así lo dispone la ley para el caso de las sociedades en nombre colectivo, y que en forma supletoria rigen a la A. en P.

Como ya lo mencionamos las partes contratantes tienen plena libertad para fijar las normas y procedimientos bajo los cuales deberá de llevarse a cabo la rendición de cuentas, sin embargo a falta de estipulación al respecto, el asociante deberá de poner a disposición del asociado o la persona que éste designe todos los documentos, facturas, libros contables, correspondencia comercial, balances, estados financieros, etc., que tengan relación con los negocios llevados a cabo en virtud de la A. en P. y los cuales deben de cumplir con los requisitos que para la *contabilidad mercantil* se señalan en el Capítulo III del Código de Comercio.

En principio el asociante es quien debe de rendir las cuentas por ser el quien tiene a su cargo las actividades comerciales, no obstante habrá casos en los que el asociado sea el que se encuentre encargado de llevar las cuentas o contabilidad de la negociación (como lo señalamos en el capítulo anterior su carácter de asociado no le impide tener una intervención dentro de la negociación, siempre que no intervenga en las relaciones con terceros a menos que se encuentre actuando como mandatario del asociante), en tal caso será el quien tenga que preparar la documentación señalada y ponerla a la disposición del asociante.

La privacidad del contenido de los libros contables a la que se refiere el artículo 44 del Código de Comercio no rige para el asociado, ya que éste tiene un interés en el negocio por lo que consecuentemente tiene derecho a inspeccionar, la contabilidad de la negociación..

De esta manera, los balances presentados por el asociante y la rendición de cuentas en general, sólo serán validas si existe un común acuerdo, o de lo contrario, el asociado puede

impugnarlos; de ahí que el asociante debe de entregar cuenta justificada de los resultados con participación al asociado de las ganancias o pérdidas que le corresponda.

4.4.2. Liquidación

El procedimiento de liquidación, a pesar de ser diferente al de las sociedades, y en virtud de la participación tanto de las utilidades como de las pérdidas resultantes de los negocios efectuados, en principio deberá de concretarse a la conclusión de las operaciones ya iniciadas, al pago y a la restitución de cuanto ha sido conferido por el asociado sin transmisión de propiedad, debidamente aumentados o disminuido por las utilidades o pérdidas de la negociación.

Tomando en consideración las disposiciones previstas para la liquidación de la A. en P. así como las de las sociedades en nombre colectivos contempladas en el artículo 240 de la LGSM y que de manera supletoria se le aplican, la liquidación deberá de efectuarse en primer término conforme a lo pactado entre las partes y en caso no existir acuerdo al respecto se deberán seguir las reglas contenidas en dichas disposiciones.

De acuerdo a las reglas para la liquidación de las sociedades, las actividades encaminadas a la consecución de tal fin, de conformidad con los artículos 16, 242, 246 y 258 de la L.G.S.M. deberán de efectuarse en los siguientes términos:

- Se procederá a concluir las operaciones que se encuentren pendientes; cobrar los créditos y pagar las deudas del negocio; vender los bienes y activos en general.
- Se procederá a distribuir el remanente entre el asociante y asociado en la forma pactada por el contrato o en su defecto en proporción a sus aportaciones; si ambas partes efectuaron aportaciones de capital el remanente corresponderá el cincuenta por ciento a cada parte; si hubiere varios socios industriales el cincuenta por ciento de las ganancias se dividirá por partes iguales entre ellos, además cuando no se hubiere transmitido la propiedad de los bienes aportados, éstos deberán de ser restituidos, pero si en cambio la propiedad de los bienes fue transmitida y estos son de fácil división, se repartirán en la proporción que corresponda según su participación.

- En caso de que resultaren pérdidas el asociado únicamente responderá por ellas hasta el importe de su aportación con lo que consecuentemente el asociante será el responsable de aquellas en la medida que superen el valor de la aportación del asociado.

En resumen podemos decir que las operaciones relativas a la liquidación de la A. en P. se producen en tres fases:

- 1.- La determinación de los elementos de activo y pasivo de las operaciones, pago a los acreedores por dichas operaciones y recuperación, si fuere el caso, de los bienes de la negociación que se encuentren en poder de acreedores.
- 2.- La participación de los beneficios y de las pérdidas en la medida en que tales participaciones no se hubieren realizados anteriormente.
- 3.- El reembolso de las aportaciones en tanto no hayan sido transmitidas en propiedad, pues de ser el caso, se procedería a su división y distribución entre ambos contratantes de acuerdo a la fracción segunda del artículo 246 de la L.G.S.M.

CAPITULO V

SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS DE LA ASOCIACIÓN EN PARTICIPACIÓN CON OTRO TIPO DE CONTRATOS

5.1. LA ASOCIACIÓN EN PARTICIPACIÓN Y LAS SOCIEDADES EN GENERAL

Para iniciar este capítulo y en virtud de que las disposiciones mercantiles lo omiten, es necesario recurrir a la definición que de sociedad da el derecho común: “lo socios se obligan mutuamente a combinar sus recursos o sus esfuerzos para la realización de un fin común, de carácter preponderantemente económico, pero que no constituya una especulación comercial”³⁴.

En materia de sociedades mercantiles puede ser aplicada la misma definición que para las sociedades civiles con la excepción de su última frase que es precisamente donde radica la diferencia entre una sociedad mercantil y una sociedad civil ya que en las primeras impera el ánimo de lucro y en las segundas éste queda fuera de toda contemplación.

En lo que atañe a la A. en P., hemos establecido su carácter mercantil pero su diferencia con las sociedades no estriba en la finalidad de lucro, contrariamente al caso de las sociedades civiles y mercantiles. La A. en P. no solo es preponderantemente económica, sino también especulativa, sin que esto la transforme en sociedad, toda vez que la idea de colaboración que en ella opera es diversa a la de las sociedades; no sólo falta en la A. en P. la intención de las partes de constituir una sociedad; ciertamente, se participa en los resultados de las operaciones, pero no en el control y en la organización de los medios para obtener tales resultados, como si opera en las sociedades.

³⁴ Artículo 2688 del Código Civil.

En este orden de ideas, la A. en P. es únicamente un contrato asociativo en el que una persona llamada asociante participa en el resultado de sus operaciones de comercio a otra llamada asociado, a cambio de una participación de bienes o servicios. En lo siguientes apartados expondremos las semejanzas y diferencias que existen entre la A. en P. y las sociedades mercantiles.

5.1.1. Ausencia de personalidad

El verdadero carácter contractual de la A. en P. estriba en que agota su finalidad en las relaciones recíprocas entre asociante y asociado; o sea, que carece de la dimensión externa que concede siempre la personalidad jurídica, y por ello no da lugar a una razón o denominación social, ni a un patrimonio propio, así como tampoco es el asociante un representante del asociado en virtud de que actúa en su nombre y representación individuales.³⁵

Si bien la personalidad jurídica no es un requisito esencial de las sociedades para que existan como tales, ya que las hay que carecen de ella, como lo son las sociedades ocultas que no acuden a sistema alguno de publicidad ni se exteriorizan frente a tercero; tratándose de las sociedades mercantiles, si gozan de personalidad, independientemente de que cumplan o no con las formalidades de inscripción en el registro público pues basta con que se exterioricen frente a terceros como sociedades mercantiles para que gocen de dicha personalidad, situación que no ocurre con la A. en P. ni aún y cuando se den a conocer frente a terceros.

El carácter de personas morales implica que pueden obrar y obligarse a través de sus órganos de representación y que cuentan con los atributos propios de estas personas como lo son la razón o denominación social, domicilio, patrimonio y nacionalidad.

El problema de la personalidad, como apuntamos, es un problema de derecho positivo; por disposición legal se determina y atribuye personalidad a determinados seres, solo estos gozan de ella; de ahí que por propia disposición de la L.G.S.M., la A. en P. carece de personalidad jurídica; por este contrato no se crea una persona moral, sino únicamente da lugar a una mera relación contractual entre los otorgantes, sin que nazca un ente distinto de las personas otorgantes; por ello se diferencia de las sociedades mercantiles. La A. en P. no

³⁵ Cfr. MUGUILLO, Roberto Alfredo. op. cit., p. 93.

requiere de razón social por que el asociante obra y se obliga en su nombre personal; es decir, como único titular de las operaciones de comercio, aunque por cuenta suya y del asociado; de ahí que la A. en P. carezca de la legitimación activa y pasiva frente a terceros que contratan con el asociante.

Por otra parte, si se considera que la personalidad jurídica no es un requisito esencial de las sociedades, como señalamos anteriormente, y que prueba de ello son las sociedades ocultas; si bien estas sociedades pueden presentar semejanzas con la A. en P. en virtud de que permanecen desconocidas para terceros; el carácter oculto en la A. en P. no le es esencial, como si lo es para dichas sociedades.

En efecto, si la A. en P. se da a conocer frente a terceros, no cambia su naturaleza contractual, porque no supone alguna violación a las limitaciones legales; en cambio, si la sociedad oculta se manifiesta ante terceros, se transformaría en sociedad irregular, o regular, dependiendo si la exteriorización fuera de hecho o bien por inscripción en registro.

Como semejanzas y diferencias adicionales existentes entre la A. en P. y las sociedades ocultas podemos señalar que ambas figuras carecen de personalidad jurídica, no adquieren derechos ni asumen obligaciones frente a terceros; en las sociedades ocultas, cada socio, o alguno de ellos actúan a nombre propio, en cambio en la A. en P. es el asociante quien realiza las operaciones de comercio en su nombre y responsabilidad individuales.

En la sociedad oculta debe existir la *affectio societatis*, elemento que no existe en la A. en P. esto es, que internamente hay la intención de constituirse en socio de esa sociedad, en cambio en la A. en P., existe únicamente un *animus cooperandi* pues ni externa, ni internamente se tiene *affectio societatis*, sino únicamente la de aportar bienes o servicios y participar en los resultados de una negociación mercantil o en una operación de comercio. Adicionalmente las sociedades ocultas son negocios incluidos dentro de la categoría de las asociaciones que difieren de la A. en P. puesto que como ya señalamos, existe de manera interna el *affectio societatis* y la sociedad existe de manera interna; en la A. en P. en cambio, interna y externamente solo hay una relación contractual entre el asociante y asociado en la que no se incluye la intención de pertenecer a una sociedad.

5.1.2. Carácter bilateral.

La diferencia entre la A. en P. y las sociedades existe no solo en el plano económico, sino también en el plano jurídico, pues a pesar de que ambos constituyen un medio jurídico para que dos o más personas logre un fin común, a través del esquema asociativo; difieren una de la otra por cuanto a que en la sociedad se da o se puede dar una pluralidad de partes, en tanto que en la A. en P. prevalece el carácter estrictamente bilateral.

La presencia de dos o mas partes en la sociedad le imprime la nota de plurilateralidad que le es propia; los socios se obligan mutuamente a combinar sus recursos o sus esfuerzos a la consecución de un fin común; así la sociedad anónima requiere la presencia de cuando menos cinco (sic) socios (art. 89, fr.I. L.G.S.M.) las sociedades cooperativas de un mínimo de diez (art. 10., fr I. L.G.S.C.); y aún cuando en las otras sociedades no se determina el número de socios, existe la posibilidad de que ingresen nuevos en virtud de que se trata de un contrato abierto.³⁶

La A. en P. es un contrato bilateral; siempre habrá dos partes, por un lado el asociante, y por el otro el o los asociados; sin que la presencia de dos o más de estos haga suponer que se trata de un contrato plurilateral porque siempre integrará una parte el asociante y la otra el o los asociados.

Dado que la A. en P. es un contrato bilateral, existe el derecho de cada contratante de rehusar el cumplimiento de la propia obligación si el otro entabla la acción sin haber cumplido la propia; e inclusive, es aplicable el pacto comisorio tácito, o sea, el derecho de rescindir el contrato por incumplimiento de una de las partes, en el que la parte que ha cumplido tiene derecho a exigir a la culpable la rescisión o el cumplimiento forzoso del contrato, y el pago de daños y perjuicios procedentes, derecho que asiste tanto al asociante como al asociado.

En cambio en la sociedad, como es un contrato plurilateral, no se aplican estas reglas, en virtud de que no solo afectarían las relaciones entre los socios, sino a la sociedad misma, pues como expresa Barrera Graff “la nulidad de la aportación de un socio o el incumplimiento

³⁶ SOLA CAÑIZARES, Felipe. op. cit., p. 212.

en que incurriera, daría lugar a la nulidad de ella o al derecho de los otros socios frente al incumplimiento a demandar la rescisión o el cumplimiento forzoso...”³⁷

5.1.3. Patrimonio

La finalidad de la relación económica y jurídica de la A. en P. no es la constitución de un nuevo patrimonio para la gestión en común, sin la distribución del riesgo que incumbe a ciertos negocios u operaciones comerciales de una persona.

Nota distintiva entre contrato de A. en P. y las sociedades es que no se crea un patrimonio separado, o distinto al de las partes; no hay puesta en común de alguna cosa, como opera en estas; la entrega de capital al asociante produce, en principio, la transmisión de la propiedad a su favor exclusivamente; no afluye la aportación a ningún patrimonio social, porque no existe alguno. La A. en P. carece de patrimonio social, de autonomía patrimonial, que es consecuencia de la personalidad jurídica, y los bienes aportados por el asociado no entran al patrimonio de la A. en P. sino al del asociante.

No se trata de un patrimonio separado, como nuevo sujeto de derecho, no de un patrimonio de afectación, porque la ley no le reconoce algún derecho, tampoco le atribuye obligaciones; se trata del patrimonio del asociante, aumentado por los bienes aportados por el asociado, pues la ley establece que los bienes aportados por el asociado pertenecen, frente a terceros al asociante.

La colaboración económica entre asociante y asociado no da lugar a la formación de un patrimonio común, sino que las aportaciones del asociado, como hemos dicho, pasan a propiedad del asociante -frente a terceros-, sin perjuicio de que el asociado conserve contra aquél un derecho de crédito sobre la parte de dicha aportación y que concurra a participar en los riesgos de las operaciones según el pacto convenido.

En efecto, cuando el asociado no transmite la propiedad de su aportación tiene un derecho personal contra el asociante para obtener la devolución de la aportación que entregó en cumplimiento de su obligación, esto en virtud de que existe un vínculo jurídico por el que el

³⁷ BARRERA GRAFF, Jorge. *Las Sociedades...* op. cit. p. 65.

asociante este queda sujeto; respecto del asociado, a una abstención (enajenación del bien aportado) y a un hecho (la devolución de ese bien); en otras palabras, existe una relación jurídica patrimonial, en virtud de la cual el asociante, (deudor) queda vinculado para cumplir una prestación de carácter positivo o negativo frente al asociado.

La carencia de un patrimonio en la A. en P., la hace diferente, también de las sociedades en virtud de que estas cuentan con un patrimonio propio que inicialmente coincide con el capital social, y que se integra con las aportaciones de los socios, y los bienes, derechos y obligaciones que se obtienen como consecuencia de los actos realizados por sus representantes, el cual sirve de garantía para el cumplimiento de sus obligaciones.

El patrimonio social, es el conjunto de bienes y derechos de la sociedad con deducción de sus obligaciones. Como quiera que se defina al patrimonio de la sociedad, éste comprende tanto el aspecto activo como el pasivo de ente social. En cambio, las aportaciones del asociado ingresan al patrimonio particular del asociante, sin constituirse en patrimonio de la A. en P.; los bienes del asociante se confunden con los aportados por el asociado, y todos juntos responden por las obligaciones por el contraídas.

Cabe señalar que en materia de sociedades, la transmisión de las aportaciones se entiende en propiedad, mas tratándose de la A. en P. únicamente ingresan al acervo patrimonial del asociante, en virtud de que no hay un ente social, ni siquiera de naturaleza civil, porque cuando dos personas aportan bienes para explotar un negocio mercantil sin que el fondo común pase a una nueva persona moral, sino que las partes conservan la propiedad de los bienes aportados, no se constituye una sociedad civil o mercantil; por ello, se puede decir que faltando un patrimonio autónomo falta naturalmente la posibilidad de hablar de persona jurídica; de donde se desprende otra diferencia entre la A. en P. y las sociedades.

5.1.4. La forma del contrato

Tanto la sociedad como la A. en P. son contratos formales, sin embargo, difieren una de la otra en cuanto a que, mientras la sociedad debe constituirse ante notario público y en la misma forma deben de constar todas sus modificaciones (artículo 260 de la L.G.S.M.), la A. en P., en cambio, se constituye por escrito privado y está exenta de registro.

Si bien, conforme al artículo 257 de la L.G.S.M. bajo ciertas circunstancias relativas a la transmisión los bienes aportados, existe la obligación de inscribir la cláusula relativa a las condiciones de la transmisión, o bien la no transmisión de propiedad de los mismos, y ello suponga o implique hacer referencia a la A. en P., el dato registral será la cláusula que contiene dichas condiciones o reservas mas no directamente el contrato la A. en P.

Bastará con que el contrato de A. en P. conste por escrito y que en el se exprese el acuerdo de voluntades, el objeto del contrato y el motivo y fin el mismo para que éste sea válido. La ley otorga libertad contractual a las partes, la que esta limitada a la naturaleza misma del contrato y a las disposiciones de orden público y a las buenas costumbres; mientras que en las sociedades, además de estas restricciones la L.G.S.M. expresamente determina la forma de su constitución y sus requisitos esenciales, algunos de los cuales son suplidos por la propia ley en caso de haber sido omitidos por los otorgantes.

5.1.5. Gestión de las operaciones

Tratándose de sociedades, estas obran y se obligan por medio de los órganos que las representan; es decir, que las sociedades, tanto civiles como mercantiles, actúan a través de sus órganos de representación, en cambio en el caso de la A. en P., por carecer de personalidad jurídica, la gestión corresponde únicamente al asociante, quien obra bajo su nombre y responsabilidad y no representa ni actúa a nombre de la A. en P., ni a nombre del asociado, sino que a nombre y por cuenta propios.

Aún y cuando el asociado puede tener alguna injerencia en las operaciones de la A. en P., ello no es en el mismo sentido que tienen los socios en las sociedades, sino que consiste en una mera verificación de las operaciones realizadas por voluntad del asociante. No se excluye la posibilidad de que el asociado pueda tener una injerencia directa en la administración de los negocios, pues puede actuar como representante de la empresa del asociante a través de la cual se llevan las actividades de la A. en P. en la que éste tiene el carácter de asociado.

La L.G.S.M. determina que las sociedades deben contar con órganos de representación, según cada tipo de sociedad, y quienes ejercen el poder de administración representan al ente social; en cambio en la A. en P., el asociante no es órgano de voluntad

colectiva, sino que el es el único sujeto activo, y su voluntad es personal, sin que represente ninguna voluntad colectiva.

En la A. en P. el asociante sólo goza de su crédito comercial y bancario que no puede extender por la colocación de acciones u obligaciones como es el caso de las sociedades anónimas.

Los acreedores de las sociedades son pagados con los bienes del ente social, con preferencia, o con exclusión según sea el caso de que tenga o no responsabilidad propia, a los bienes personales de los socios; y aquellos únicamente pueden embargar la parte de las utilidades que eventualmente corresponda en la sociedad. En cambio en la A. en P., no se distinguen los acreedores particulares del asociante con los que resulten de las operaciones del contrato, en virtud de que no actúa a nombre de la A. en P., sino en su nombre personal; todos los acreedores concurren y son pagados con su patrimonio individual sin que haya preferencia de unos sobre otros, sino en la medida de la calidad de sus créditos.

En las sociedades personales, las obligaciones sociales están garantizadas subsidiariamente por la responsabilidad ilimitada y solidaria de los socios colectivos; mientras que en la A. en P. el asociante responde directa e individualmente, ya que, como hemos dicho, no existe algún ente social y el asociado no tiene responsabilidad alguna con los terceros.

5.1.6. Funcionamiento, disolución y liquidación

A pesar de que la A. en P. constituye un contrato típico y nominado, también es cierto que su regulación es pobre, y que siendo un contrato asociativo, aunque diverso al de sociedad, tiene puntos de coincidencia con este; por ello, el legislador previó la aplicación supletoria de reglas de las sociedades, concretamente las de las sociedades en nombre colectivo.

La A. en P. es diferente de las sociedades en nombre colectivo pues en éstas todos los socios responden en forma subsidiaria, solidaria, e ilimitadamente de las obligaciones que asuma el ente social; en cambio, en la A. en P., el asociante responde de las obligaciones de sus operaciones y su responsabilidad es directa y no subsidiaria; por su parte el asociado, responde frente al asociante hasta el importe de su aportación, por lo que no podrá tener otra

responsabilidad ya que de ser así, en caso de quiebra del asociante provocaría su quiebra, situación que de acuerdo a la ley no opera pues se prevé solo la compensación del asociado en caso de quiebra del asociante.

Las reglas previstas para las sociedades en nombre colectivo solo aplican a la A. en P. ante la ausencia de un acuerdo de las partes al respecto, siempre y cuando dichas reglas no contravengan las reglas propias de la A. en P.

La disposición de la sociedades en nombre colectivo que establece la posibilidad de pactar que a la muerte de alguna de la partes contratantes, el contrato continuará con sus herederos; es también aplicable a la A. en P.

En lo que a rendición de cuentas se refiere, a falta de estipulación en contrario de los socios, deberá de llevarse a cabo en forma semestral tal como ocurre con las sociedades en nombre colectivo.

En general, solo le son aplicables a la A. en P., algunas de las disposiciones previstas para las sociedades en nombre colectivo que no pugnan con la naturaleza de aquella, por ello, la supletoriedad de las normas que regulan a las sociedades en nombre colectivo debe entenderse que siempre regulan las relaciones entre asociante y asociado, pero nunca con respecto a terceros.

5.1.7. Distribución de utilidades y pérdidas.

En esta materia también son aplicables a la A. en P. las reglas previstas en la L.G.S.M. para la distribución de las utilidades y pérdidas en las sociedades, reglas que están contempladas en los artículos 16 y 17 del mencionado ordenamiento. Estas reglas solo aplican cuando en el contrato de A. en P. no se establece los lineamientos para la distribución de las utilidades o pérdidas, siempre y cuando no pugnen con las disposiciones propias de la A en P.

En la A. en P. existe la obligación del asociante de atribuir al asociado o asociados una parte de las utilidades o pérdidas que sean obtenidas por aquel, y existe el derecho personal del asociado frente a terceros de obtener y de exigir la parte convenida; pero si no se pacto la forma en que se han de participar deben de aplicarse las normas supletorias correspondientes.

5.2. LA ASOCIACIÓN EN PARTICIPACIÓN Y LAS SOCIEDADES IRREGULARES Y LAS SOCIEDADES OCULTAS

En múltiples ocasiones como la demora en trámites legales, situaciones de urgencia para la realización de un negocio comercial, la posibilidad de compartir el riesgo de una empresa, la necesidad de capital que resulte menos costoso que los provenientes de créditos bancarios, constituyen circunstancias que orillan a las personas a asociarse en forma jurídicamente irregular, o bien a constituir sociedades ocultas. Es importante hacer una distinción entre las sociedades irregulares, las sociedades ocultas, y la asociación en participación.

5.2.1 Sociedades Irregulares

Se estará ante la presencia de una sociedad irregular cuando varios individuos convienen en constituir una sociedad y como tal se manifiestan frente a terceros sin haber procedido a dar cumplimiento a los requisitos establecidos por la ley, pero aún así la ley reconoce la personalidad jurídica a estas sociedades ³⁸. A diferencia de la A. en P., para las sociedades la no inscripción en el Registro Público de Comercio, constituye una irregularidad, mientras que en el caso de la A. en P. no solo está exenta de publicidad, sino que la ley la excluye, y aún y cuando teniendo un carácter oculto, su existencia fuera conocida por los terceros esto no constituiría una irregularidad.

Las sociedades irregulares contienen vicios de publicidad puesto que al no estar otorgadas en la forma legal previstas para las sociedades no es posible proceder a su registro mas sin embargo en sus relaciones comerciales se exteriorizan como sociedades. Las sociedades irregulares tienen personalidad jurídica y patrimonio distinto de sus miembros, mientras que la A. en P. carece de personalidad y el asociante es el único que compromete su patrimonio personal por las operaciones realizadas.

³⁸ Párrafo quinto del artículo tercero de la LGSM

Las sociedades para ser calificadas de *irregulares* deben ser exteriorizadas frente a terceros, pues la exteriorización constituye un requisito *sine qua non* para que la ley les reconozca personalidad jurídica; en la A. en P. en cambio, ni es persona jurídica, ni se manifiesta como sociedad, y como mencionamos en el párrafo anterior, el revelar su existencia a terceros no la transforma en una sociedad, y mucho menos le reconoce personalidad jurídica alguna.

En las sociedades irregulares los socios responsables de alguna irregularidad o ilícito responden de manera subsidiaria, solidaria e ilimitadamente frente a los terceros perjudicados, además de que estarán obligados al pago de daños y perjuicios para con los socios no culpables responsables. En la A. en P. en cambio, por ser el asociante el único que realiza las operaciones mercantiles y su responsabilidad no sólo es subsidiaria, solidaria e ilimitada, sino que es directa y responde con todo su patrimonio.

Por otra parte, ambas figuras presentan semejanzas en la medida en que las relaciones internas se rigen por el contrato respectivo, y en su defecto por aquellas normas especiales de la L.G.S.M.; pero en las irregulares serán aplicables las disposiciones según la clase de sociedad de que se trate, mientras que en la A. en P., a falta de estipulaciones especiales, se rige siempre por las normas de las sociedades en nombre colectivo mientras éstas no contravengan su la naturaleza o las normas propias de ésta figura.

Por último, el asociante puede solicitar que se le constituya en suspensión de pagos y que se convoque a sus acreedores para la celebración del convenio preventivo de la quiebra, en la sociedad irregular en cambio, está exenta de este beneficio.³⁹

5.2.2. Sociedades Ocultas

Como señalamos en el presente capítulo, las sociedades ocultas, al igual que la A. en P., carecen de personalidad jurídica ya que ni la ley se las reconoce, ni por su naturaleza

³⁹ Cfr. artículos 394, 396 y 397 de la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos.

requieren exteriorizarse frente a terceros; además se organizan y actúan únicamente porque los socios que las constituyen mantiene relaciones internas.

La A. en P. se diferencia de las esas sociedades ocultas, por que en ellas existe una gestión común, así como la aportación de bienes y servicios de cada socio para el ejercicio en común de una actividad económica; en tanto que en la A. en P., la aportación del asociado pasa al patrimonio del asociante y no existe un ejercicio común de dicha actividad, pues únicamente está a cargo del asociante.

Consideramos que la diferencia entre la A. en P. y las sociedades es clara cuando el elemento esencial es la creación de una persona jurídica subjetiva u objetivamente autónoma, pero si además de la publicidad de esta entidad jurídica es admitida una relación puramente interna, el problema se complica respecto a la distinción entre este tipo de sociedades y la A. en P.; sobre todo, si se sostiene que entre los contratantes existe una relación de sociedad de manera interna. No obstante lo anterior, la diferencia existe: esas sociedades ocultas aún y cuando no cuentan con una personalidad jurídica, tienen una organización interna; en cambio, en la A. en P., no existe tal, los participantes no tienen la intención de ser socios, sino sólo participar en los resultados de las operaciones comerciales llevada a cabo por el asociante. Adicionalmente en la A. en P. no existen los órganos propios de una sociedad, como lo son la asamblea, el órgano de administración y vigilancia que caracterizan incluso a las sociedades ocultas.

En las sociedades la acción externa emana del resultado de una voluntad colectiva aún y cuando esta acción se lleve a cabo por una sola persona, en cambio en la A. en P. el asociante es el que realiza la acción externa que esta determinada por su única voluntad.

Es cierto que ambas figuras tienen el carácter oculto, cuando las sociedades ocultas llegan a perder su carácter oculto se convierten en sociedades irregulares, situación que no sucede en la A. en P. pues como hemos señalado en forma reiterada a lo largo de este trabajo, el conocimiento por parte de los terceros de la existencia del contrato no modifica su naturaleza.

5.3. LA ASOCIACIÓN EN PARTICIPACIÓN Y LA SOCIEDAD EN COMANDITA SIMPLE

La L.G.S.M. expresa en su artículo 51 que la sociedad en comandita simple es la que existe bajo la razón social y se compone de uno o varios socios comanditarios que responden de manera subsidiaria, solidaria e ilimitada, de las obligaciones sociales, y uno o varios comanditarios únicamente están ligados al pago de sus aportaciones.

Las diferencias entre la sociedad en comandita simple y la A. en P. resaltan en forma clara, puesto que ésta es una sociedad mercantil, que al igual que el resto de las sociedades, cuenta con personalidad jurídica, razón social, denominación y patrimonio, características no propias de la A. en P.

Los socios comanditarios son copartícipes de una comunidad de personas que se exterioriza en una firma o razón social, mientras que en el caso de la A. en P. el asociado es partícipe de una gestión común, sin embargo, esa voluntad se exterioriza mediante a voluntad individual del asociante.

La sociedad en comandita se manifiesta mediante una razón social, característica que consiste en la necesidad de publicación del contrato, además de que los terceros conocen de la existencia del contrato; en cambio, en la A. en P., la publicidad no le es propia y el contrato queda normalmente desconocido por terceros.

En cuanto a la responsabilidad se refiere, en la sociedad en comandita los socios comanditarios su responsabilidad se limita al pago de sus respectivas aportaciones y opera respecto a la sociedad y a los terceros; en cambio en el caso de la A. en P. la responsabilidad del asociado opera frente al asociante y no frente a terceros, respecto de los cuales no asume ninguna puesto que es el asociante quien actúa y se obliga frente a terceros en nombre propio.

El artículo 54 de la L.G.S.M. prescribe para los socios comanditarios la prohibición de injerencia en la administración de la sociedad, prohibición que no rige para el asociado en la misma forma que para aquellos puesto que no existe sociedad que administrar y aún y cuando el asociado ejercite actos de administración con carácter de apoderado o mandatario del asociante, no se obliga en forma personal con los terceros con los que contrata puesto que actúa como representante del asociante.

La administración de la negociación mercantil objeto de la A. en P. compete únicamente al asociante, al igual que en la sociedad en comandita corresponde a los socios comanditarios, quienes por esta razón suelen llamarse gerentes o socios gestores; sin embargo, mientras que la responsabilidad de estos es subsidiaria, solidaria e ilimitada, la del asociante es principal en virtud de que responde directamente como único dueño de la negociación.

Por último queremos señalar que la sociedad en comandita se distingue de la A. en P. tanto en su estructura interna como en la externa, aún y cuando ambos persiguen la misma finalidad: *tomar parte en una actividad mercantil, sin arriesgar la totalidad del patrimonio*, esta finalidad sólo se cumple para el asociado y los socios comanditarios pero no en el caso del asociante. Aún y cuando ambas figuras persiguen el mismo fin, la A. en P. ofrece una mayor simplicidad para su celebración y en nuestra opinión también en su funcionamiento.

5.4. LA ASOCIACIÓN EN PARTICIPACIÓN Y LA APARCERÍA

Consideramos importante señalar una distinción entre la A. en P. y el contrato de aparcería puesto que a pesar de ser figuras que tienen cierta similitud, lo cierto es que jurídicamente son diferentes.

La aparcería se encuentra regulada por el Código Civil, en el que se reconocen dos tipos: la agrícola y la de ganado, y aunque no da una definición del contrato en sí mismo, en los artículos 2741 y 2752 se determina en que consiste cada uno de estos tipos.

La aparcería agrícola tiene lugar cuando una persona da a otra un predio para que lo cultive a fin de repartirse los frutos en la forma convenida conforme a las costumbres del lugar, pero al aparcerero no podrá corresponder menos del 40% de la cosecha (artículo 2741 del Código Civil). En la aparcería de ganados una persona da a otra cierto número de animales para que los cuide y alimente con el objeto de repartirse los frutos en la forma convenida (artículo 2752).

Del contenido de las anteriores disposiciones legales podemos inferir que la aparcería es el contrato por medio del cual una persona se obliga a ceder a otra el disfrute de un predio

rústico o de cierto número animales con el propósito de obtener una parte de los frutos o beneficios que se obtengan.

El contrato de aparcería es un contrato de colaboración de personas, estando por un lado el propietario de la tierra o del ganado y por la otra persona que lo cultiva la tierra o cuida el ganado según sea el caso, lo que en principio lo haría similar a la A. en P., mas sin embargo, en nuestra opinión, la aparcería presenta mayor analogía con el arrendamiento y con la relación de trabajo que con la A. en P. Entre las diferencias entre la A. en P. y el contrato de aparcería destacan las siguientes:

- 1) La aparcería es un contrato de naturaleza civil y la A. en P. es un contrato de naturaleza mercantil.
- 2) La A. en P. es un contrato de carácter voluntario pero en el caso de la aparcería, rural como se desprende del artículo 2751 del Código Civil, ésta puede ser voluntaria o forzosa.
- 3) Las aportaciones en la A. en P. pueden consistir en la propiedad de bienes, derechos de uso o goce o inclusive trabajo; en la aparcería las aportaciones se encuentran limitadas para el propietario a bienes específicamente determinados, consistentes en un predio rústico o ganado, y para el aparcerero a la prestación de su trabajo en la tierra o en el cuidado del ganado.
- 4) En ambos contratos existe la participación de las utilidades o frutos obtenidos; pero en la distribución de las pérdidas, en la A. en P. el asociado responde de ellas hasta el monto de su aportación; y en cambio en la aparcería, el aparcerero no responde de las pérdidas si la cosecha se pierde por completo (artículo 2748 del Código Civil).
- 5) En la A. en P. el asociante, quien realiza las operaciones suele hacerlo como dueño exclusivo, mientras que en la aparcería el aparcerero nunca actúa como dueño del predio o del ganado puesto que la propiedad sigue en el patrimonio del propietario.

A manera de conclusión de este capítulo podemos decir que no obstante las múltiples similitudes que la A. en P. presenta con otros contratos, ésta es una figura jurídica típica y nominada, de naturaleza mercantil diferente de las figuras analizadas, y que debido a su escasa

regulación hace mas notoria la necesidad de una mayor reglamentación, no solo por los abusos a los cuales puede llegarse mediante ella, como lo pudieran ser la evasión fiscal, sino por es una figura jurídica que puede ser una alternativa mas simple para llevar a cabo mayor actividades comerciales sin tener que recurrir a otras figuras que presentan mayor complejidad que estas.

CONCLUSIONES

Para finalizar este trabajo queremos manifestar en forma breve, nuestras consideraciones sobre la Asociación en Participación..

Primera.- El estudio de la Asociación en Participación no puede prescindir de la historia del Derecho Mercantil, en particular de la commenda, en virtud de que constituye su antecedente y origen.

Segunda.- La determinación de la naturaleza jurídica de la Asociación en Participación, constituye un problema que no ha sido resuelto de manera uniforme, ni en la doctrina, ni en la legislación, tanto mexicanas como extranjeras; pues, como hemos señalado en el texto de ensayo, cuando se considera que la Asociación en Participación es sociedad se le exige de los requisitos exigidos a las sociedades mercantiles, y se le niegan los atributos de la persona moral; y, cuando se considera que es un contrato diverso al de sociedad, se pierde la aplicación de algunas disposiciones previstas para aquellas sociedades.

Tercera.- Podemos considerar que en Derecho Mexicano, la Asociación en Participación es un contrato mercantil: por su forma, porque se encuentra regulada en la Ley General de Sociedades Mercantiles por el objeto, que es la realización de operaciones de comercio, o la explotación de una negociación mercantil, y la distribución de utilidades y pérdidas por el sujeto, cuando el asociante (que es la situación normal) es un comerciante y, por el fin, que es de carácter lucrativo.

Cuarta.- La Asociación en Participación es un contrato típico y nominado por encontrarse regulado en la Ley General de Sociedades Mercantiles, en los artículos 252 a 259 bajo nombre de "Asociación en Participación".

Quinta.- El contrato de Asociación en Participación es de naturaleza asociativa, pero diverso al de sociedad. Se trata de una asociación de personas, en la que, sin embargo, no existe (como sí en las sociedades) la combinación de recursos y esfuerzos; si existe un fin común (obtener utilidades y participar de ellas), pero la colaboración o participación de las partes del contrato de Asociación en Participación es diversa a la que opera en las sociedades; en éstas consiste en el poder de formación de una voluntad colectiva; en el poder de injerencia; en una posición de paridad igual entre los socios, que se manifiesta, principalmente, en la constitución de una persona moral, en la intención de las partes de constituirse como socio, y; en el voto en las asambleas. En la Asociación en Participación, en cambio, no se forma alguna persona jurídica; la participación se concreta y se agota en una mera relación contractual entre las partes, y en la participación en las utilidades y en las pérdidas de las operaciones.

Sexta.- La naturaleza contractual de la Asociación en Participación, estriba en interesarse una de las partes en las operaciones, que la otra realiza, mediante una aportación de bienes o servicios, y en la participación en los resultados prósperos o adversos de esas operaciones; sin obligación de participar (el asociado) en la gestión.

Séptima.- La Asociación en Participación carece de personalidad, por este contrato no se crea algún ente social; por ello, también, carece de patrimonio, razón o denominación social, domicilio o nacionalidad, atributos de la personalidad. El asociante realiza las operaciones de comercio en su nombre personal; y no a nombre o representación de algún ente social; de ahí que responda con todo su patrimonio, el que se ve acrecentado con las aportaciones del asociado.

Octava.- El contrato de Asociación en Participación es de carácter bilateral, en virtud de que sólo existen dos partes el asociante y el asociado; lo que no es obstáculo para aceptar que varias personas puedan participar en las operaciones de comercio que otra realiza en su nombre personal; en tal caso estas, junto con el primer asociado, formarían una de las partes del contrato, y quien realiza las operaciones, interesaría a la otra parte, es decir, el asociante.

Novena.- La Asociación en Participación es un contrato de carácter oculto, pero esta característica no le es esencial, en virtud de que puede darse a conocer sin que se transforme en sociedad. No aceptamos que el carácter oculto sea esencial a la Asociación en Participación, porque consideramos que es un contrato lícito y como tal, puede darse a

conocer. En todo caso este carácter no debe interpretarse en el sentido de clandestino o ilícito, sino en el supuesto de que es un contrato al que no se exige registro.

Además, es cierto que la Ley General de Sociedades Mercantiles no exige el registro de este contrato, pero exige que la transmisión de las aportaciones del asociado al asociante cumplan con las formalidades legales. Si bien, no se registra directamente el contrato; sí se inscribe de manera indirecta, en virtud de que en la inscripción de esa transmisión se hará referencia a la Asociación en Participación de manera que esta inscripción, implica la publicidad del contrato.

Décima.- La Asociación en Participación puede ser un contrato de carácter transitorio o permanente, pues la ley de sociedades permite se celebre para la participación en varias operaciones de comercio, o bien para la explotación de una negociación mercantil.

Undécima.- Las aportaciones, tanto del asociante como del asociado, constituyen un elemento esencial del contrato de Asociación en Participación, y la ausencia de aportaciones acarrearía la inexistencia del contrato.

Decimasegunda.- La forma escrita, que exige la Ley General de Sociedades Mercantiles para la celebración de la Asociación en Participación, no es un requisito esencial para su existencia, sino simplemente un medio de prueba. De esta manera, y apoyándose en diversos criterios de la Suprema Corte de Justicia, a que aludiéramos en ocasión al tema, consideramos que es válido el pacto verbal.

Decimatercera.- Para la celebración de una Asociación en Participación, no se exige la calidad de comerciante, pero se infiere para el asociante, por la celebración de operaciones de comercio; en tanto que para el asociado basta que tenga capacidad legal (mercantil) para celebrarlo.

Decimacuarta.- El asociante realiza las operaciones de comercio de la Asociación en Participación en su nombre y bajo su responsabilidad personal frente a terceros, pero por cuenta suya y del asociado; de ahí, que éste tenga derechos de control y de rendición de cuentas; los cuales, aunque no están consignados expresamente en la Ley General de Sociedades Mercantiles, pueden pactarse en el contrato; pues de alguna manera lo permite la

propia ley al establecer que las partes pueden fijar los términos, proporciones de interés y demás condiciones en que deba realizarse la Asociación en Participación (artículo 255)

Decimaquinta.- El asociado tiene derecho a la restitución de los bienes que aportó al asociante y de los cuales no transmitió la propiedad. Se trata de un derecho personal, de carácter obligacional, en virtud de que existe un vínculo jurídico por el que el asociante está sujeto, respecto al asociado, a una prestación que consiste en el uso o goce del bien y en su restitución. Pero este derecho está limitado en cuanto los bienes no hayan sido absorbidos por las pérdidas de la negociación, y de las cuales el asociado deba responder.

Decimasexta.- Por el contrato de Asociación en Participación no se crea algún patrimonio distinto del personal del asociante, o del asociado; los bienes que se aportan para la realización del objeto de la Asociación en Participación ingresan materialmente al patrimonio del asociante; pero, jurídicamente, consideramos que no obstante que la Ley General de Sociedades Mercantiles expresa que respecto a terceros los bienes aportados por el asociado, pertenecen en propiedad al asociante; es propietario de dichos bienes quien aparece inscrito como tal en los registros públicos. La disposición citada de la Ley, si bien se considera la regla general, sólo puede operar respecto a aquellos bienes cuya transmisión no requieran de formalidad alguna; es decir, en aquellos bienes que no son sujetos a inscripción. En tal caso, el propietario de ellos, será su poseedor. Pero, tratándose de bienes registrables, y que no se registre su transmisión, subsistirá como propietario su aportante como reiteradamente lo ha considerado la Suprema Corte de Justicia, y los terceros que contratan con el asociante, están en posibilidad y obligación de cerciorarse en los registros públicos, a quién corresponde la propiedad de esos bienes.

Decimaséptima.- La Fracción. III del artículo 16 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, no puede operar en materia de Asociación en Participación cuando el asociante sólo aporta sus servicios, porque este precepto no sólo pugna con el artículo 258 de la propia Ley, sino que va contra la naturaleza participativa del contrato, puesto que se celebra una Asociación en Participación para participar tanto en las utilidades, como en las pérdidas, y, además, el asociado sólo responde hasta el monto de su aportación. El asociante, en cambio, por realizar las operaciones en su nombre, responde frente a terceros con todo su patrimonio, y solo puede exigir al asociado que asuma las pérdidas hasta el importe de su aportación.

Decimoctava.- La Asociación en Participación se extingue por las causas por las que se extinguen los contratos bilaterales; pues, no obstante que la Ley General de Sociedades Mercantiles establece que la Asociación en Participación, salvo pacto en contrario, se disuelva por las causas previstas para las sociedades en nombre colectivo, dichas causas únicamente operan cuando no pugnan con su naturaleza.

Decimanovena.- La quiebra del asociante solo acarrea la extinción del contrato de Asociación en Participación, si el síndico declara la no continuación del mismo, o si por esta circunstancia el asociado no deseara continuar el contrato; pero, si la empresa del asociante continúa y sus operaciones se refieren a la Asociación en Participación, de conformidad con la Ley General de Quiebras y Suspensión de Pagos., este contrato debe continuar.

Vigésima.- En la Asociación en Participación no existe propiamente una liquidación, en la medida en que no hay un patrimonio a liquidar y a repartir, ni existe la conclusión de relaciones entre terceros y una persona moral. Se trata de una rendición de cuentas; de la conclusión de operaciones del asociante; de cubrir la totalidad del pasivo de esas operaciones; y, de una distribución de utilidades y pérdidas.

Vigesimalprimera.- El contrato de Asociación en Participación es diverso al de sociedad; carece de personalidad jurídica y de los atributos propios de las personas morales; es un contrato bilateral; no es un contrato de organización, carece de órganos sociales; no está sujeto a publicidad; y, entre los contratantes no existe *affectio societatis*, característica de las sociedades.

Vigesimalsegunda.- La ubicación de la Asociación en Participación en los ordenamientos jurídicos, inmediatamente después del capítulo de las sociedades mercantiles ha sido debatido; al punto que tratadistas de Derecho Mercantil, han sugerido que la Asociación en Participación debería ser regulada junto con los otros contratos mercantiles, otros en cambio, han considerado que es correcta su ubicación al lado de las sociedades, en vista de la estrecha analogía que guarda con estas.

ABREVIATURAS

Artículo	art.
Asociación en Participación	A. en P.
Código de Comercio	C. Co.
Código Civil	C.C.
Fracción	frac.
Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos	LQSP
Ley General de Sociedades Cooperativas	LGSC.
Ley General de Sociedades Mercantiles	LGSM.
Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito	LGTOC
Fracción	Frac.
Reglamento del Registro Público de Comercio	RRPC.
Suprema Corte de Justicia	SCJ

BIBLIOGRAFIA

- AZARA, Antonio. "Commenda" en *Novissimo Digesto Italiano*, vol. III, Torino, Italia 1957.
- BARRERA GRAF, Jorge. Tratado de Derecho Mercantil, vol. I, Porrúa, México 1957. Estudios de Derecho Mercantil, Porrúa, México 1958. Derecho Mercantil en Introducción al Derecho Mexicano, UNAM, México 1981.
- GARCIADIEGO, Mario. La Empresa, Porrúa, México 1977.
- BERCOVIZ RODRIGUEZ CANO, Alberto. "Origen del Derecho Mercantil", en *Estudios Jurídicos en Homenaje a Joaquín Rodríguez*, t. I, Madrid, España 1971.
- BEZARD, Pierre. Sociétés Civiles. Contrat de Société, dispositions applicables aux Sociétés Commerciales, Sociétés en Participation, *Registre du Commerce et des Sociétés*, Paris, Francia 1979.
- BONNECARRERE, Philippe. Droit Commercial, Paris Francia 1946.
- BORJA SORIANO. Tratado General de las Obligaciones. t. I, Porrúa, México 1968.
- BRANCA, Giuseppe. Instituciones de Derecho Privado, tr. Pablo Macedo, Porrúa, México 1978.
- BROSETA, Manuel. Manual de Derecho Mercantil, Madrid, España, 1974.
- CALAMANDREI, Rodolfo. *Delle Società e delle Associazioni Commerciali*, Vol. I, Torino, Italia 1884.

CARRILLO ZALCE, Ignacio. Apuntes para el Estudio del Primer Curso de Derecho Mercantil, Editorial Banca y Comercio, México 1977.

CESPEDES DEL CASTILLO, Guillermo, “Seguros Marítimos en la Carrera de Indias” en *Anuario de Historia del Derecho Español*, Serie 1a. Vol. num. 1, Madrid, España 1948-1949.

CORNEJO CERTUCHA, Francisco M. Acto Jurídico Diccionario Jurídico Mexicano, t. I, UNAM México 1982.

DELANGLE, M. *Delle Società di Commercio*, Libro I, del Libro I del Código di Comercio, tr. D'Angelo Giuseppe, Venezia, 1847.

DIAZ BRAVO, Arturo. Contratos Mercantiles, Editorial Harla, México 1983.

DIAZ ECHEGARAY, José. “Una Nueva Forma de Financiación de Sociedades por medio del Contrato de Cuentas en Participación”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, vol. XII, nums.31-32, España 1958.

DIVAR, Javier. *Lecciones de Derecho Mercantil. La Empresa, el Empresario Individual. El Empresario Social*, España 1980.

DUBLAN, Manuel y José María LOZANO. Legislación Mexicana o Colección Completa de las Disposiciones Legislativas. Edición Oficial, México 1877.

ESCARRA, Jean. *Cours de Droit Commercial*, París, Francia 1957.

GALGANO, Francesco. *Manuale Elementare di Diritto Commerciale*, Zanichelli Edotora, Bologna, Italia 1980.

GALINDO GARFIAS, Ignacio. “Asociaciones y Sociedades” en Revista de la Facultad de Derecho de México, t. IX, nums. 35-36 UNAM, México 1987.

GARRIGUES, Joaquín. *Curso de Derecho Mercantil*, 2, Madrid, España, 1960.

GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto. Derecho de las Obligaciones, Cajica, 1980.

KONRAD, Cosack. **Tratado de Derecho Mercantil**, tr. Polo Antonio, Madrid, España 1935.

LABARIEGA VILLANUEVA, Pedro Alfonso. "Capital Social" voz en Diccionario Jurídico Mexicano, t. II, UNAM, México 1983.

LEMEUNIER, Francis. *Principes et Pratiqués du Droit Comercial. Droit de Affaires*, París, Francia, 1980.

MANTILLA MOLINA, Roberto L. Derecho Mercantil, Porrúa, México 1981.

MARTINEZ GUIJON. "La Comenda en el Derecho Español" en "*Anuario de Historia de Derecho Español*" t. XXXVI. Madrid, España 1966.

RAMIREZ BAÑOS, F. "La Asociación en Participación en el Derecho Positivo Mexicano" en Revista Universal de San Carlos, num. 63, mayo, junio, julio, agosto, Guatemala 1964, p.60 y 61.

RODRIGUEZ DE SAN MIGUEL. Curia Filípica Mexicana, Edición fascimiliar, UNAM, México 1978.

RODRIGUEZ VALCARSE, Francesco. "Cuentas en Participación, su prueba", en *Revista de Derecho Procesal*, publicación iberoamericana y filipina num.3, Madrid, España 1958.

ROJINA VILLEGAS. Derecho Civil Mexicano, t. VI, Contratos, vol. II, Porrúa, México 1981. Derecho Civil, t. I, Jus, México.

RUGGIERO, Roberto de. *Instituciones de Derecho Privado*, tr. Ramón Serrano S. y José Santa Cruz Tejeiro, T.I, Madrid, España.

SANCHEZ CORDERO Y DAVILA, Jorge. "Teoría General del Contrato" en Introducción al Derecho Mexicano, T. I, UNAM, México 1981.

SOLA CAÑIZARES, Felipe. *El Contrato de Participación en el Derecho Español y en Comparado*, Madrid, España 1945 p.5.

VAZQUEZ ARMINIO, Fernando. Derecho Mercantil Fundamentos e Historia, Porrúa, México 1977.

VAZQUEZ DEL MERCADO, Oscar. "Venta de Inmuebles Aportados a una Asociación en Participación" en Jus, Revista de Derecho y Ciencias Sociales, T. XXXVII, num. 153, julio-septiembre 1987, México.

VAZQUEZ MARTINEZ, Edmundo. *Derecho Mercantil*, t. I, Guatemala 1966..

VIDELA ESCALADA. "El Contrato de Sociedad en el Derecho Civil" en *Lecciones y Ensayos*, num. 8, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, Argentina 1958.



Enrique González Martínez No. 25 - 1 (Antes Parroquia)

Tels. 614-83-90 Lada sin costo 91-800 3168300

614-01-34 Lada sin costo 91-800 3168400