

LA ASOCIACIÓN EN PARTICIPACIÓN Y OTRAS FIGURAS JURÍDICAS AFINES

SUMARIO: I. *Planteamiento del tema.* II. *Hipótesis.* III. *La asociación en participación y las sociedades mercantiles:* 1. *En torno a la asociación en participación;* 2. *La falta de personalidad;* 3. *El carácter bilateral;* 4. *La falta de patrimonio;* 5. *La gestión de operaciones;* 6. *Funcionamiento, disolución y liquidación;* 7. *Distribución de utilidades y pérdidas.* IV. *Asociación en participación y sociedades irregulares.* V. *Asociación en participación y sociedades ocultas.* VI. *Asociación en participación y sociedad en comandita simple.* VII. *Asociación en participación y aparcería.* VIII. *Conclusiones.*

I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA

Uno de los temas poco tratados por los estudiosos del derecho es el relativo a la asociación en participación (en adelante A. en P.), institución jurídica bastante utilizada tanto en el pequeño comercio como, y sobre todo, en el seno de las altas combinaciones financieras e industriales en donde ha alcanzado particular auge y desarrollo con miras a eliminar la competencia, la posibilidad de obtener financiamiento sin necesidad de emitir bonos u obligaciones, evitar préstamos con garantías gravosas o determinar zonas y precios de productos determinados, aspectos atractivos no sólo para el comerciante individual sino también para las sociedades comerciales.

Si a lo anterior se añade que por este contrato se pueden obtener similares resultados a los que se obtendrían a través de una sociedad mercantil sin necesidad de una serie de trámites administrativos y jurídicos habremos de concluir que hoy por hoy la A. en P. recobra el terreno que su antecesora, la *commenda*, había ganado en la Edad Media, sobre todo porque hace algunos años en nuestro caso particular mexicano se exigió que las acciones de las sociedades anónimas fueran únicamente nominativas, por lo que de su anonimato prácticamente queda sólo su nombre. Bajo este contexto pretendemos analizar a la A. en P. frente a otras figuras con las cuales guarda cierta relación, pero de los que se distingue claramente; desde luego no intentamos agotar los temas conexos a nuestra figura, ello será objeto de otro estudio particular, sólo presentaremos el concepto del contrato, sus antecedentes particularmente mexicanos, su régimen jurídico y, como el

rubro lo indica, sus semejanzas y diferencias con las sociedades mercantiles en general, con las sociedades irregulares, ocultas y comanditas simples, en particular y con la aparcería.

Para ello utilizaremos el método dogmático, recurriremos a la doctrina, la legislación y la jurisprudencia mexicana y extranjeras; en algunos casos trataremos de hacer derecho comparado y, en otros, sólo referencia al derecho extranjero; en el primer caso nos referimos al dato concreto, a la luz de dos o más sistemas jurídicos o a alguna de sus partes comparables; en el segundo, haremos una mera descripción de otro sistema jurídico o de alguno de sus aspectos. Finalmente, como producto de todo lo anterior, presentamos algunas conclusiones al respecto.

II. HIPÓTESIS

La naturaleza jurídica de la A. en P. ha sido uno de los problemas más debatidos en la doctrina mercantil, para algunos se trata de una sociedad, para otros de un negocio diferente al ente social y para otros más constituye un contrato *sui generis*; otro tanto ocurre en las diversas legislaciones y en los pronunciamientos de la jurisprudencia; nosotros planteamos la hipótesis de que se trata de un negocio jurídico diverso del de sociedad y tan *sui generis* (término usado por comodidad por muchos autores) como lo son el *leasing*, la compraventa o el fideicomiso. La A. en P. constituye una forma asociativa de primer grado, diversa a la asociación concebida por el derecho común, que aunque persigue una finalidad parecida a la de la sociedad no reúne los elementos de ésta que son los mínimos indispensables para considerarla como tal, pues procura el concurso de la actividad de uno y el capital de otro (o de ambos) para la realización de un negocio u operación mercantiles.

Se trata, como expresa la Ley General de Sociedades Mercantiles (en adelante LGSM), en el artículo 252, de un contrato por el cual una persona llamada asociante concede a otras (asociado) que le aporta(n) bienes o servicios una participación en las utilidades y en las pérdidas de una negociación mercantil o de una o varias operaciones de comercio.

III. LA ASOCIACIÓN EN PARTICIPACIÓN Y LAS SOCIEDADES MERCANTILES. SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS

1. En torno a la asociación en participación

La asociación es un fenómeno que surge con el hombre por su intrín-

seca naturaleza social, pero la A. en P. no sólo es producto de esa característica social del ser humano sino también, y principalmente, de las exigencias del tráfico comercial y de la urgencia de hacer frente a los obstáculos que la naturaleza opone para la satisfacción de sus necesidades. La A. en P. encuentra sus orígenes desde tiempos inmemoriales y se manifiesta como un instrumento idóneo para transportar e intercambiar productos con pueblos lejanos y para compartir los riesgos propios de un viaje marítimo.

Pero donde encontramos más claramente sus antecedentes es en la Edad Media, bajo instituciones como la *commenda*, la que permitía la inversión de capitales ociosos con fines lucrativos; inversión que de otra manera no era posible, sobre todo debido a que ciertos sectores como el clero y la milicia estaban impedidos para ejercer el comercio, de suerte que sólo podían aportar capital a un comerciante, participar en los beneficios y en las pérdidas del negocio y mostrarse ajenos a éste frente a terceros.¹

En otras palabras, el desarrollo de la *commenda*, génesis de nuestra figura, se vio favorecido por circunstancias económicas, políticas y jurídicas (verbigracia, leyes canónicas contra la usura), de tal manera que su auge se presentó espectacularmente entre los siglos XV a XVIII sobre todo en España e Italia.²

Nuestro estudio prescinde de las referencias históricas en cuanto a

¹ Giovanni Grandi, Salvatore, *L'Associazione in Partecipazione*, Milán, Casa Editrice Dottor Francesco Villardi, 1939, p. 10. Para el estudio de la *Commenda* y de los orígenes de la A. en P. véanse a Arcángeli, Ageo, *Scritti di Diritto Commerciale ed Agrario*, Padova, CEDAM, 1935; Arias Bonet, J., "Societas publicanorum", en *Anuario de Historia del Derecho Español*, Madrid, 1948-1949, serie 1a., t. XIX, núm. 1, pp. 266 y s.; Aztiria, Enrique, "Origen y evolución histórica del derecho comercial y antecedentes argentinos", *Lecciones y Ensayos*, Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1958, núm. 8, p. 12 y s.; Goldschmidt, Levin, *Storia del Diritto Commerciale* (traducción primera de Vittorio Pouchain y Antonio Scialoja), Turín, UTET, 1933; Levy-Brühl, Henri, *Histoire Juridique des Sociétés de Commerce en France aux XVII^e et XVIII^e Siècles*, París, Ed. Mercantil, 1938; Rehme, Paul, *Historia universal del derecho* (tr. de E. Gómez Urbaneja), Madrid, Edit. Revista de Derecho Privado, 1941; Kramer, S.N., *La historia empieza en Sumer*, Barcelona, Edit. Ayma, S.A., s/f.

² Pruneda G., Armandino, "Notas sobre el contrato mercantil de asociación en participación", *Lecturas Jurídicas*, México, Universidad Autónoma de Chihuahua, 1975, núm. 58, agosto, octubre, p. 21; *cf.* también a Delangle, M., *Delle Società di Commercio. Capitolo II, Titolo III, Libro I del Codice di Commercio* (trad. de Giuseppe D'Angelo), Venecia, UTET, 1947; Montellá de Gay, *Tratado práctico de sociedades mercantiles*, Barcelona, Bosch, 1948, t. I; Martínez Gijón, "La comenda en el derecho español. II. La comenda mercantil", *Anuario de Historia del Derecho Español*, Madrid, serie 1a. t. XXXVI, núm. 1, 1966, p. 380 y s.

nuestra figura, sólo mencionaremos las de carácter estrictamente legal dentro del contexto mexicano.

a) *Código de Comercio de 1854*

El primer Código de Comercio promulgado en México independiente fue el de 16 de mayo de 1854 para el distrito y territorios federales, de don Teodosio Lares, ordenamiento en el que se recoge a la A. en P. bajo la denominación de *sociedad accidental o cuentas en participación*, designación acogida por la influencia ejercida por la legislación española, tanto en los jurisconsultos mexicanos como en los comerciantes.³ Si bien dicho código la calificó de "compañía", en realidad no le exigió las formalidades previstas para tales entes y tampoco la enumeró como tal en el capítulo relativo a las sociedades mercantiles (cfr. artículos 265 y 266). Tampoco definió a la A. en P., sólo puntualizó que no estaba sujeta a las formalidades requeridas a las "otras" sociedades y que tenía lugar para las operaciones comerciales, con las proporciones de interés y condiciones estipuladas entre las partes; asimismo, que la responsabilidad de la misma A. en P. pesaba exclusivamente sobre el comerciante que la dirigía en su nombre particular (artículo 267).

Este ordenamiento fue abrogado por don Ignacio Comonfort, como él mismo lo dijera, mediante declaración que hiciera a propósito de una consulta que se le hizo respecto a la vigencia del código, en la que señaló que tal derogación se había dado por los artículos 1 y 77 de la Ley de 23 de noviembre del año anterior, y que en materia comercial deberían regir en toda la república las leyes anteriores a 1853, es decir recobraban vigencia las Ordenanzas de Bilbao, cuya aplicación se encomendó a tribunales especiales;⁴ sin embargo por decreto imperial de 15 de julio de 1863 se restablece su vigencia y se establecen tribunales de comercio.

b) *Código de Comercio de 1884*

Primer ordenamiento de carácter federal, debido a la reforma del 15 de diciembre de 1883 al artículo 73, fracción X, de la Constitución

³ Así Rodríguez de San Miguel, Juan, *Curia filípica mexicana* (edición facsimilar), México, UNAM, 1978, p. 660.

⁴ Cfr. *El archivo mexicano, colección de leyes, decretos, circulares y otros documentos*, México, 1856, t. II, p. 441 y s.; y a Dublán Manuel y José María Lozano, *Legislación mexicana o Colección completa de las disposiciones legislativas*, México, tipografía de E. Dublán y Cía., 1856-1859, t. VIII, p. 274.

Política de 1857. En nuestra materia este código adopta de su antecesor el carácter de sociedad de la A. en P. y la coloca en el libro segundo, "de las operaciones de comercio", título segundo, "de las compañías de comercio", capítulo XI, "de la asociación en participación". La innovación de este texto radica tanto en el nombre que le da a la figura y en su regulación más amplia (artículos 620 a 628) y, como en la definición de la misma "sociedad" formada entre dos o más personas, de las cuales cuando menos una es comerciante, cuyo objeto es la realización de uno o más negocios determinados y no está sujeta a requisitos ni formalidades legales previstos para las sociedades.

c) *Código de Comercio de 1890*

Este ordenamiento divide el anterior concepto y reconoce dos formas de asociación: la momentánea (para una o más operaciones de comercio) y la A. en P. propiamente dicha, respecto de esta última señala que es aquella en la cual se interesan dos o más personas en operaciones que tratan en su propio nombre una o varias, siempre que éstas constituyan una sola entidad jurídica. No había relación ni acción directa entre los terceros y los asociados que no realizaban las operaciones objeto del contrato.

d) *Ley general de sociedades mercantiles*

Esta ley vino a derogar los artículos respectivos del Código de Comercio (en adelante C.Co) en materia de sociedades y de asociaciones, y reúne en un solo tipo a las dos asociaciones adoptadas por éste, bajo el nombre actual de A. en P.

El régimen jurídico de nuestra figura bajo dicha ley es mucho más amplio y afortunado, si bien adolece de diversas imprecisiones y confusiones, pero hay puntos importantes que claramente se destacan: el que se defina como contrato, la negación de personalidad jurídica, y la carencia de relación jurídica entre los terceros y el asociado.

De acuerdo con dicho ordenamiento la A. en P. 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 (artículo 252).

Dicha ley no da concepto alguno de asociación mercantil, sino únicamente de A. en P., por lo que debemos acudir al derecho común para tratar de indagar si esa noción coincide con la A. en P. El artículo 2670 de nuestro Código civil (en adelante C.C) establece que se

constituye una asociación cuando varios individuos convienen en reunirse de manera que no sea enteramente transitoria, para realizar un fin común que no esté prohibido por la ley y no tenga carácter preponderantemente económico.

De conformidad con lo anterior, si el fin es de carácter preponderantemente económico, pero no especulativo, y no se adopta alguno de los tipos de sociedades mercantiles (pues si el caso lo fuera se trataría de una sociedad de esta naturaleza independientemente de su finalidad lucrativa o no) estaremos en presencia de una sociedad civil; de donde deberemos advertir que, de acuerdo a tal precepto, no se puede sostener que la A. en P. sea una asociación, porque para ser tal tendría que ser de carácter transitorio, es decir para una o más operaciones de comercio (momentánea) y no permanente y, además, basta que el fin perseguido por las partes sea preponderantemente económico para que se trate de una sociedad civil.

En conclusión, la definición del artículo 2670 citado sólo se refiere a asociaciones civiles, en cuanto las mercantiles, y en particular la A. en P., no encuadraría perfectamente en esa definición, habida cuenta de que en una A. en P. puede haber una relación jurídica permanente. Que el propósito sea preponderantemente económico o no, determinará que se trate, en el primer caso, de una sociedad civil, si dicho propósito no es especulativo y comercial si lo fuere; y en el segundo de una asociación civil, luego, si el fin constituye una especulación comercial estaremos en presencia de una sociedad mercantil, pero, además, si una sociedad cualquiera, civil o de otra naturaleza, adopta alguno de los seis tipos de sociedades enumerados en el artículo 1º de la LGSM, de acuerdo a la misma, se estará en presencia de una sociedad mercantil, independientemente de su finalidad (artículos 4º, LGSM, y 2695 C.C.).

Lo que sucede es que, con la expresión "asociación en participación", se hace referencia a una figura diversa a la establecida en el derecho común, puesto que la asociación del derecho civil no puede tener propósito preponderantemente económico ni especulativo; pero la asociación mercantil existe, particularmente la A. en P., en cuanto que la LGSM la regula, aunque por supuesto no es la única, ya que existen otras asociaciones mercantiles atípicas e innominadas, como la establecida entre el principal y el factor (artículo 318 CCo.), las asambleas de obligacionistas, las asociaciones para compras en común, las mutualistas de seguros, etcétera.

Pero las asociaciones mercantiles distan mucho de las civiles, entendidas como lo establece el derecho común, por lo que en principio, se podría decir que la A. en P. tiene de asociación únicamente su nomi-

bre, porque dista tanto de su concepto como de su funcionamiento. Sin embargo, hemos de reconocer que en dicha figura hay algo de "asociación".

En sentido amplio, hay asociación siempre que varias personas aparecen jurídicamente unidas para un fin común; dentro de este concepto quedan comprendidas figuras jurídicas como las sociedades civiles y mercantiles, los sindicatos de accionistas, consorcios de empresarios y las asociaciones en sentido estricto; todas ellas constituyen uniones de personas para un fin común, pero a medida que surge la regulación de cada una de ellas y sus características propias, unas y otras se diferencian al grado de presentarse como instituciones independientes.⁵

La asociación del derecho común tiene un contenido reducido y unitario, es la reunión de dos o más personas con carácter permanente para la consecución de un fin no lucrativo, ni principalmente económico, concepto demasiado estrecho que excluye la posibilidad de recurrir a él para definir a la A. en P. Otro tanto ocurre con el de sociedad previsto por el artículo 2680 del mismo CC, puesto que, aunque su definición es más amplia todavía, es estrecha por cuanto hace a la clasificación de las sociedades (por el fin); de donde concluimos que la A. en P. es una forma asociativa de primer grado, con una finalidad parecida a la de la sociedad, pero que no reúne los elementos mínimos indispensables para considerarla como tal, pues procura el concurso de la actividad de uno (o más) y el capital de otro (u otros), para la realización de una o más operaciones o negocios comerciales.

El carácter asociativo de la A. en P. es reconocido por algunos autores,⁶ pero advierten que a pesar de él, la falta de autonomía patrimonial, y sobre todo de personalidad jurídica, motivan que la figura se regule en el capítulo dedicado a los contratos especiales, pues sus efectos no se extienden más allá de una simple relación contractual entre asociante y asociado. La A. en P. es un contrato de colaboración económica, presupone la gestión exterior personal, no social, de nego-

⁵ Cfr. la voz "asociación" *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Barcelona, Seix Barral ed., 1963, t. III, p. 69.

⁶ Cfr. en la doctrina mexicana a Mantilla Molina, Roberto L., *Derecho mercantil*, México, Ed. Porrúa, 1981, p. 183; en la Argentina a Muquillo, Roberto Alfredo, *Cuestiones de derecho societario*, Buenos Aires, Ed. Meru, 1980, p. 77; en la francesa a Ripert, Georges, *Tratado elemental de derecho comercial* (trad. Solá Cañizares), París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1954, p. 149; Merle Phillippe y Edith Chavallier-Merle, *op. cit.*, *infra* nota 56, p. 435 y s.; y Bezard Pierre, *Sociétés Civiles. Contrat de Sociétés, Dispositions applicables aux Sociétés Commerciales, Sociétés en Participations*, París, Libraires Techniques, 1979, p. 523 y s.; en la italiana a Ascarelli, Tullio, *Study in tema di contratti*, Milán, Giuffrè, 1952, p. 143 y 160, quien en principio señala que se trata de un contrato de cambio.

cios singulares o de un negocio comercial y con la responsabilidad exclusivamente personal del asociante; existe interés común en las partes.

Ahora bien, aun cuando nuestra LGSM determina aplicables las reglas previstas para las sociedades en nombre colectivo, en cuanto al funcionamiento, disolución y liquidación de la A. en P. (artículo 259), ello no implica que se trate de una sociedad, pero sí de un contrato de colaboración, de un contrato asociativo, y la circunstancia de que generalmente se encuentra regulada en la ley relativa a las sociedades e inmediatamente después de éstas, no hace concluir que estamos frente a otra sociedad, como alguno lo ha sugerido,⁷ en todo caso procedemos a analizar su régimen jurídico, y no su denominación o localización en los textos mercantiles y civiles, para concluir que existen diferencias entre una y otra figuras.

2. *La falta de personalidad*

Nuestra LGSM enumera en su artículo 1º los tipos de sociedades mercantiles de manera limitativa y no ejemplificativa, de ahí que no se pueden crear otras diversas a las establecidas,⁸ el principio de la autonomía de la voluntad para crear otras sociedades no está permitido en este caso; inclusive, la propia ley determina que tales sociedades tienen personalidad jurídica desde el momento en que se exteriorizan como tales frente a terceros (artículo 2º, párrafo 3º, para las sociedades irregulares); en cambio, la A. en P. ni está comprendida dentro de dicho artículo 1º, ni se le reconoce personalidad jurídica (artículo 253 LGSM). La A. en P. no es una sociedad ni una persona moral, no es un sujeto de derecho reconocido por la ley, ni es la totalidad de varias personas consideradas como unidad⁹ y, consecuentemente, tampoco

⁷ Delangle, M., *Delle società di Commercio, Il titolo III, Libro I del Codice di Commercio* (trad. de Giuseppe D'Angelo), Venecia, Giuffrè, 1847, p. IX de la introducción.

⁸ Cfr. Barrera Graf, Jorge, *Las sociedades en el derecho mexicano*, México, UNAM, 1983, pp. 136 y 178.

⁹ Nuestra Suprema Corte de Justicia, en repetidas ocasiones sobreseyó los juicios de amparo que se le interpusieron en nombre de la A. en P., por carecer ésta de personalidad. Así en el amparo civil en revisión promovido por uno de los asociados (Lan) en nombre de la "Tampico Junk Company", la Tercera Sala resolvió por unanimidad de cinco votos, el 4 de septiembre de 1929 (bajo el C Co actual, vigente en materia de sociedades en ese año) "...El que se dice socio capitalista, como dueño del negocio debería haber pedido el amparo que solicita, a nombre propio y no como representante de una asociación cuya personalidad moral no existe conforme a la ley, por lo cual habiéndose reclamado a nombre de la repetida asociación, el amparo es improcedente y debe confirmarse el sobreseimiento recurrido..."

Si bien es cierto que la A. en P. carece de personalidad jurídica, creemos que

tiene los atributos de dichas personas. En todo caso, si se exterioriza como sociedad frente a terceros, se le aplicarían las reglas propias de las sociedades irregulares, pero no las de la A. en P., y, por otra parte, si se da a conocer la participación de los asociados ello no hace cambiar la naturaleza de la figura, pues es un contrato válido y su carácter oculto no lo es en sentido de clandestino, porque, como expresa *Vivante*, no habría por qué sancionar la publicidad de la A. en P. si es un contrato perfectamente válido.¹⁰

Sin embargo, y a pesar de la uniformidad de las legislaciones en negarle personalidad jurídica,¹¹ diversos autores sostienen que se trata de una sociedad sin personalidad, y que la falta de ésta no es una característica peculiar de la A. en P. en países que admiten sociedades, incluso comerciales, sin personalidad.¹² Desde luego nosotros también afirmamos que tal personalidad jurídica es un problema de derecho positivo y que el Estado determina discrecionalmente los entes que gozan de ella y como consecuencia asumen derechos y obligaciones.¹³

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 imperio 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".¹⁴

Sin embargo, no estamos de acuerdo con esa afirmación ya que ni aun internamente hay sociedad; la A. en P. no actúa como un ente

se pudo haber considerado la posibilidad de una sociedad en nombre colectivo irregular; sin embargo, nuestro Supremo Tribunal expresó en el mismo caso que no se podía considerar como una sociedad de este tipo "porque le faltaría mayor número de los requisitos legales necesarios para ser tenida como tal, esto es, un fondo común, razón social, escritura pública, etcétera"; en realidad sólo analizó el aspecto regular de dicha sociedad. *Cfr. Semanario Judicial de la Federación*, quinta época, cuarta parte, tercera sala, p. 106 y ss. También aparecen otros antecedentes importantes al respecto en *S.J.F.*, quinta época, cuarta parte, tercera sala, t. XXXVIII, p. 1140 y s.; LV, p. 2705, LIX, p. 591 y LXII, p. 2635. En todos ellos se establece que la A. en P. carece de personalidad jurídica y que los juicios de amparo interpuestos en su nombre debían y eran sobreesidos.

¹⁰ *Cfr. Vivante, César, Derecho mercantil*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1932, p. 579.

¹¹ *Cfr. art. 25 de nuestro CC que determina expresamente qué sujetos tienen personalidad jurídica; también véanse los arts. 1871 del CC francés, 361 de la Ley de Sociedades argentina, y 509 del CC. colombiano.*

¹² *Cfr. Solá Cañizares, Felipe de, El contrato de participación en el derecho español y en el comparado*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1945, p. 14.

¹³ Así Barrera Graf, Jorge, *op. cit.*, p. 103 y s. y Rojina Villegas, *Derecho civil*, t. 1, *Contratos*, México, Jus, S.A., s/E, p. 391.

¹⁴ *Cfr. Muguillo, Roberto Alfredo, op. cit.*, p. 77.

diverso a sus miembros, en todo caso es el asociante quien actúa a nombre y por cuenta propios, y no de la A. en P. (artículo 256 LGSM).

Aún en el remoto caso de que fuere el asociado quien realizara las operaciones materia del contrato, lo haría a nombre y por cuenta del asociante y no de la A. en P.: asumirá la figura del mandatario o del comisionista, de acuerdo a las reglas para aquellos que tratan en nombre y por cuenta de otro, como señala *De Gregorio*,¹⁵ por ser mandatario del titular obligaría a éste en los límites del mandato, si lo hiciera a nombre propio, se obligaría él mismo y podría accionar directamente a los terceros, de la misma manera que si hace creer la existencia de una sociedad entre él y el asociante.¹⁶

En la A. en P. quien realiza las operaciones responde frente a terceros con su patrimonio propio, puesto que la A. en P. carece de patrimonio, como veremos en su oportunidad.

En la A. en P. no hay sociedad, pues no se da la combinación de recursos y esfuerzos dirigidos a una finalidad común (artículo 2688 CC), ya que si bien es cierto que en nuestra figura una persona concede a otra, que le aporta bienes o servicios, una participación en las utilidades y en las pérdidas de una negociación mercantil o de una o varias operaciones de comercio, y si bien el propósito por el que se celebra el contrato es esencialmente mercantil, no existe la combinación aludida de recursos y esfuerzos, porque en todo caso la colaboración o participación en la A. en P. es diversa de aquella de las sociedades, por esto no aceptamos que se pretenda decir que “es indudable que la (A. en P.) sea una sociedad”, sobre todo cuando por sociedad se entiende el acto jurídico mediante el cual los socios se obligan a combinar sus recursos o sus esfuerzos para la realización de un fin común.¹⁷

Porque en la A. en P., no existe la *affectio societatis*, esa idea de colaboración e intención de constituirse en socio, característica de las sociedades, y aunque se pretenda establecer que ésta es una noción imprecisa e inexistente tratándose de los accionistas de las sociedades anónimas, como pretende señalarlo *Solá Cañizares*, principal sostenedor del carácter societario de nuestra figura,¹⁸ nos inclinamos a considerar, co-

¹⁵ Gregorio, Alfredo de, en la obra *Bolafio-Rocco-Vivante, Decreto Comercial*, vol. 2, *Sociedades y asociaciones comerciales*, Buenos Aires, Ediar, S.A., 1950, p. 441 y s. En el mismo sentido *cfr.* los comentarios a la jurisprudencia italiana, voz “Cassazione”, 28 de marzo de 1952, núm. 851, *Il Diritto Fallimentare e delle società*, Milán, vol. XXVII, parte seconda, 1952, p. 138 y s.

¹⁶ Giovanni Grandi, Salvatore, *op. cit.*, p. 68.

¹⁷ *Cfr.* Mantilla Molina, Roberto, L., *op. cit.*, pp. 176 y 185.

¹⁸ *Cfr.* Solá Cañizares, *op. cit.*, p. 14.

mo *Uría*,¹⁹ que esta idea de colaboración es uno de los datos más importantes para diferenciar a las sociedades de las otras instituciones jurídicas en que no existe colaboración en una actividad común para la consecución de un fin, como acontece en la A. en P. en la que no hay *affectio societatis*.

En la A. en P. el elemento "participación, que parece calificarla, tiene alcance diverso al de las sociedades; en éstas consiste "*en el poder de formación de una voluntad colectiva, social*", en el poder más o menos amplio de injerencia, en una posición de paridad de los socios"²⁰ y en el derecho igual a las utilidades frente al ente social, salvo pacto en contrario (*cf.* artículo 16 LGSM); en tanto que en la A. en P. la participación se concreta y se agota en el derecho a las utilidades y la sujeción a las pérdidas, es decir en el mero derecho de crédito del asociado frente al asociante, y no a un ente social.

En este sentido, la idea de participación en la A. en P. difiere de la idea de colaboración social, en cuanto que en aquella figura, si bien también se participa en los resultados de un negocio u operación, no hay un quehacer común como en materia de sociedades,²¹ es el asociante, en efecto, quien realiza y dirige las operaciones de la asociación, en su nombre y bajo su responsabilidad individual (artículo 256 LGSM).

Y si no hay *affectio societatis* en la A. en P., no puede hablarse de sociedad, se tratará de otra institución, pero no de una sociedad, y en este sentido tampoco de una persona moral, aun cuando admitimos que ésta no es una característica esencial de las sociedades.²² Consecuentemente, el contrato de A. en P. no da lugar a una sociedad, ni aun internamente, ya que el asociado no se obliga a desarrollar actividad común alguna con el asociante, ni siquiera a participar en la gestión, como sí lo hace en las juntas y asambleas el socio, o el accionista de las sociedades anónimas (principalmente mediante el voto).²³

¹⁹ *Cfr.* Uría Rodrigo, *Derecho mercantil*, Madrid, talleres de Silverio Aguirre Torre, 1958, p. 93.

²⁰ *Id.* p. 353 y 354.

²¹ Branca, Giuseppe, *Instituciones de derecho privado* (trad. de la sexta edición italiana por Pablo Macedo), México, Porrúa, 1978, p. 553.

²² Incluso reconocemos que hoy en día, y en nuestro derecho, las hay que carecen de personalidad como las sociedades conyugales, aunque por supuesto no analizamos si éstas son o no verdaderas sociedades.

²³ *Cfr.* Messineo, Francesco, *Manual de derecho civil y comercial*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1955, t. VI, p. 4; para Rodríguez Valcarse, Francisco, "Cuentas en participación, su prueba", *Revista de Derecho Procesal*, Madrid, nº 3, 1958, p. 36, en la A. en P. no hay alguna sociedad, ni siquiera asociación porque ésta ostenta personalidad, y los múltiples fines de dichas asociaciones (científicos, artísticos o morales) distan mucho de los económicos; por ello agrega que, en el fondo se trata de una cooperación inteligente dirigida a la producción

La naturaleza contractual de la A. en P. estriba en interesarse una de las partes en las operaciones que la otra realiza, mediante una aportación convenida y con la participación en los resultados prósperos o adversos, en la proporción que determinen, o en la determinada por la ley (Cfr. los artículos 258 y 16 de la LGSM), sin que se constituya un patrimonio propio de la asociación; de ahí que no resulte necesaria la atribución de personalidad.

No obstante el carácter secundario que pudiera tener la característica de la personalidad en las sociedades mercantiles, señalamos algunas de las consecuencias jurídicas de la atribución de personalidad que no se aplican a la A. en P.: por virtud de la persona moral se crea un patrimonio autónomo, distinto e independiente del conjunto de patrimonios individuales de los socios que la integran, patrimonio que no existe en la A. en P., ya que las aportaciones del asociado pasan a propiedad del asociante (artículo 257 LGSM).

La persona moral puede ser acreedora o deudora de sus miembros, quienes a su vez pueden ser acreedores y deudores de la sociedad; en la A. en P., el asociado no tiene derechos y obligaciones con algún ente social, sino con el asociante, derechos de crédito o bien obligaciones, según los resultados de las operaciones.

El patrimonio de la persona moral sirve de prenda preferente a los acreedores de la misma,²⁴ independientemente de los acreedores de los socios; en la A. en P., en cambio, los acreedores del asociante se confunden tanto con los que surjan con motivo de este contrato, como son los que surjan por actos o hechos jurídicos ajenos al mismo, y únicamente es el patrimonio del asociante el que responde frente a tales acreedores. En un supuesto de quiebra del asociante, concurren todos sus acreedores; el asociado que a la vez sea acreedor del asociante, en cuanto que éste le deba alguna suma por concepto de frutos o utilidades del contrato, sólo figurará en el pasivo de la quiebra, por la diferencia que resulte a su favor después de cubiertas las cantidades que él a su vez estuviere obligado a entregar al asociante como aportación (artículo 128, inciso 6, LGQSP).

El nombre, nacionalidad y domicilio, son atributos de las personas físicas como morales; en cambio la A. en P. carece de razón o deno-

de utilidades con posible riesgo de pérdidas, en la que uno de los agentes permanece oculto en las relaciones con terceros y el otro lleva en nombre propio la operación.

²⁴ Cfr. Rojina Villegas, *op. cit.*, p. 291 y s.; y en la doctrina extranjera véanse Ripert, *op. cit.*, 1954, p. 149; aunque para dicho autor es válido, al igual que para la legislación francesa, porque además de regularse a la A. en P. como una sociedad, se considera mercantil si su finalidad es lucrativa.

minación social, que correspondería al nombre de las sociedades, no tiene nacionalidad ni domicilio propios, porque es el asociante quien realiza las operaciones motivo del contrato en su nombre y bajo su responsabilidad individual, como hemos indicado.

Por ello, si la persona jurídica la concebimos como un sujeto de derecho, como la unificación de derechos y deberes, en última instancia, como la fórmula jurídica adecuada para conseguir los fines sociales, resulta claro que para la consecución de los fines de la A. en P. no se requiere de personalidad, porque el asociante es quien realiza todas las operaciones y es el único que se obliga frente a terceros, y en este sentido no tendría razón de ser la atribución de personalidad a la asociación, si no actúa como un ente distinto de las partes y si el asociante no obra en representación de la A. en P., sino como dueño exclusivo de las operaciones.

Por otra parte, si se considera que la personalidad jurídica no es un requisito esencial de las sociedades, como señalamos anteriormente, y prueba de ello son las sociedades ocultas; si bien estas sociedades pueden presentar semejanza 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 sí lo es para dichas sociedades.

En efecto, si la A. en P. se da a conocer frente a terceros, no cambia su naturaleza contractual diversa a la de sociedad, 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, según que la exteriorización fuera de hecho o mediante su inscripción en el registro.

Las sociedades ocultas, como señala *Barrera Graf*,²⁵ "son aquellas que no se manifiestan al exterior; que se organizan y que actúan sólo para tener relaciones internas entre los socios que las constituyen"; de ahí, que carecen de personalidad jurídica, puesto que ni se inscriben en el Registro Público de Comercio, ni se manifiestan como sociedades frente a terceros (artículo 2º, LGSM).

Cabe hacer notar algunas semejanzas y diferencias que existen entre la A. en P. y las sociedades ocultas: tanto éstas como la A. en P. carecen de personalidad jurídica, no adquieren derechos ni asumen obligaciones frente a terceros; en las sociedades ocultas cada socio, o alguno de ellos, actúa a nombre propio; en la A. en P., es el asociante quien realiza las operaciones de comercio en su nombre y responsabilidad individuales.

²⁵ Cfr. *Barrera Graf*, Jorge, *op. cit.*, pp. 284 a 286.

En ambas figuras el contrato puede otorgarse por escrito o en forma verbal —respecto a la A. en P. así lo ha admitido la Suprema Corte de Justicia—, es decir, el pacto de A. en P. o de sociedad oculta es válido, con tal que no falte algún elemento de existencia o de validez.

Si bien ambos pactos tienen validez, en el de sociedad oculta debe existir la *affectio societatis*, elemento que no existe en la A. en P.; esto es, que aun internamente hay la intención de constituirse en socio de esa sociedad, en cambio, en la A. en P., ni externa, ni internamente hay dicha intención, sino únicamente la de aportar bienes o servicios y participar en los resultados de una negociación mercantil o en una operación de comercio.

Además, si bien, las sociedades ocultas son “negocios incluidos dentro de la categoría de las asociaciones”,²⁶ difieren de la A. en P., porque, como apuntamos anteriormente, existe de manera interna la *affectio societatis* y la sociedad existe, aunque de manera interna, en la A. en P., en cambio, interna y externamente sólo hay una relación contractual, entre asociante y asociado, en la que no se incluye la intención de pertenecer a una sociedad.

3. *El carácter bilateral*

Estructuralmente diversas, la A. en P. y la sociedad, vienen a colocarse, no sólo en el plano económico sino también en el jurídico, para constituir entre ambas un medio jurídico para que dos o más personas logren un fin común, a través del esquema asociativo;²⁷ sin embargo, 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 bilateral.

La presencia de dos o más partes en la sociedad le imprime la nota de plurilateralidad que le es propia,²⁸ habrá tantas partes como socios haya: 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 socios (artículo 89, fracción I, LSGM), las sociedades cooperativas de un mínimo de diez (artículo 1º, fracción I, LGSC) y, aun 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.²⁹

²⁶ *Id.*, nota 137, p. 134.

²⁷ Realmonte, Francesco, “Associazione in partecipazione e obbligo di collazione”, *Rivista delle Società*, Milán, año VI, 1961, p. 516.

²⁸ Barrera Graf, Jorge, *op. cit.*, p. 77.

²⁹ *Ibidem.*

En cambio, la A. en P. es un contrato bilateral siempre habrá dos partes, por un lado el asociante y por el otro el asociado o los asociados,³⁰ sin que la presencia de dos o más de éstos haga suponer que se trata de un contrato plurilateral, porque siempre integrará una parte el asociante y la otra el, o los asociados.

Como bilateral que es nuestro contrato, le es aplicable la *exceptio non adimpleti contractus*, que da derecho a cada contratante de rehusar el cumplimiento de la propia obligación si el otro acciona 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 de la incumpliente la rescisión o el cumplimiento forzado del contrato, y en ambos casos el pago de daños y perjuicios (artículos 376 CCo y 1949 CC), derecho que le asiste tanto al asociante como al asociado.

En cambio, en la sociedad, contrato plurilateral, no se aplican estas reglas, en virtud de que no afectarían las relaciones entre los socios, sino a la sociedad misma, pues, como expresa *Barrera Graf*:³¹ "la nulidad de la aportación de un socio o el incumplimiento 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...".

4. La falta de 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, sino la distribución de un riesgo que incumbe a ciertos negocios u operaciones comerciales de una persona.

Nota distintiva del contrato de A. en P. respecto a las sociedades es que no se crea un patrimonio separado, o distinto al de las partes; no hay la puesta en común de alguna cosa, como opera en éstas; 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.³² La A. en P. carece de patrimonio social, de autonomía patrimonial, que es consecuencia de

³⁰ Así Rotondi, Mario, *Istituzioni di Diritto Privato*, 7a. ed., vol. I, Milán, Librería Aurelio Parainfio, 1962, p. 425; quien clasifica a la A. en P. dentro de los contratos nominativos, bilaterales, esencialmente onerosos, consensuales y de tipo asociativo.

³¹ Barrera Graf, Jorge, *op. cit.*, p. 80.

³² Garrigues Garrigues, Joaquín, *Curso de derecho mercantil*, Madrid, Talleres de Silverio Aguirre Torre, 1960, vol. II, p. 57.

la personalidad jurídica,³³ y los bienes aportados por el asociado no entran al patrimonio de la A. en P., sino al del asociante.

Pardesus,³⁴ que admite la existencia de un ente moral en la A. en P., considera que tiene un capital que es necesariamente distinto al patrimonio de las partes y de aquel "extra social"; pero suponiendo que la A. en P. tuviera un patrimonio interno y que las partes pactaran la creación de un patrimonio separado, y que así lo manifestaran, estaríamos no en presencia de una A. en P., o de una sociedad,³⁵ sino, cuando más, de un estado de copropiedad o de comunidad, porque, independientemente del nombre de las partes quieran dar al contrato, jurídicamente es aquél que las mismas quisieron formar,³⁶ puesto que las cosas son lo que su esencia determina y no el nombre que les quieren dar.

No se trata de un patrimonio separado, como nuevo sujeto de derecho, ni 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.³⁷

En efecto, la LGSM, establece que los bienes aportados por el asociado pertenecen, frente a terceros, al asociante, lo que podría excluir aquellos supuestos.

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.³⁸

³³ Aunque puede darse la hipótesis de que una sociedad carezca de patrimonio, por haberse perdido éste, pero en tal caso, de conformidad con el art. 229, frac. V de la LGSM, procedería la disolución y liquidación de la misma.

³⁴ Citado por Giovanni Grandi, *op. cit.*, p. 35.

³⁵ Cfr. Navarrini, Umberto, *Trattato Elementare di Diritto Commerciale*, Turín, UTET, 1935, vol. II, p. 176, quien explica que si las partes dan valor externo al pacto de creación de un ente jurídico, limitando su responsabilidad al aporte y creando un patrimonio propio, han hecho simplemente una sociedad; y nosotros agregaríamos irregular por no cumplir con las formalidades requeridas para su constitución.

³⁶ Así, si las partes en el contrato celebran una sociedad civil para la obtención de un fin común de carácter especulativo, la esencia de este contrato no es el de una sociedad de esa naturaleza, sino el de una sociedad mercantil, y aunque esas partes le imprimen el nombre o el carácter civil, ella se sujetará a las disposiciones de la LGSM y no a las del CC.

³⁷ Cfr. Barrera Graf, Jorge, *op. cit.*, p. 296, quien analiza la situación del patrimonio con y sin personalidad jurídica y alude al patrimonio afectación.

³⁸ Así Uría, Rodrigo, *op. cit.*, p. 354 y Galgano, Francesco, *Manuale Elementare di Diritto Commerciale*, Bolonia, Zanichelli Ed., 1980, p. 136.

En efecto, cuando el asociado no transmite la propiedad de su aportación tiene un derecho personal contra el asociante para obtener dicha aportación que entregó en cumplimiento de su obligación. 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 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.

De ahí que la restitución de bienes del asociado esté fundada en un derecho personal, de carácter obligacional, y no es un derecho real. *Rodríguez Rodríguez*,³⁹ señala que se entrega lo que se tiene por un derecho propio a quien ha adquirido un derecho real (absoluto o real limitado), o de goce, o de disfrute temporal, y agrega que, se restituye el bien recibido por un título obligacional o real (limitado), de goce o de disfrute del mismo, o que se detenta sin título, respecto de quien sí lo tiene. El mismo autor señala que “mientras es posible fundar la obligación de entrega por un título posesorio, la obligación de restitución es de base exclusivamente obligacional”.

Por ello, consideramos, que el asociado tiene un derecho personal o de crédito frente al asociante para obtener la restitución del bien aportado; que esta restitución es de base obligacional.

Acosta Romero,⁴⁰ al hablar del crédito, señala como elemento de éste: la existencia de ciertos bienes; la transferencia de ellos o de su disposición jurídica, de su titular a otra persona; el tiempo durante el que se usan esos bienes, y, la obligación de restitución de los mismos. Si bien, el autor, se refiere a las operaciones de crédito, creemos que esos elementos operan como presupuestos para que el asociante restituya al asociado aquellos bienes de los cuales éste no transmitió la propiedad, sino sólo el uso o goce.

Esta carencia de patrimonio en la A. en P., la hace diferente, también, de las sociedades, en virtud de que éstas 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 su representante, el cual sirve de garantía para el cumplimiento de sus obligaciones.

³⁹ *La separación de bienes en la quiebra*, México, UNAM, 1978, pp. 100 y s.

⁴⁰ *Acosta Romero*, Miguel, voz “Crédito”, *Diccionario Jurídico Mexicano*, México, UNAM, 1983, t. II, p. 354.

El patrimonio social, expresa *Mantilla Molina*,⁴¹ 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 del 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 de las obligaciones de aquél.

Para la legislación francesa, las aportaciones de los contratantes de una A. en P. y los bienes que se obtengan mediante éstas, pueden constituir una copropiedad o indivisión; pero aun en este caso no puede hablarse de propiedad social, sino, en todo caso, de indivisión,⁴² de ahí que los contratantes no tengan la acción *pro-socio*, sino la acción *pro-indiviso*, de donde se deduce que la A. en P. —incluso para Francia que la considera sociedad— carece de patrimonio propio a diferencia de las sociedades.

Cabe señalar que en materia de sociedades la transmisión de las aportaciones se entiende en propiedad (artículo 11 LGSM), y que esta disposición legal opera *mutatis mutandis* tratándose de la A. en P. respecto al asociante y frente a terceros, pero mientras en aquéllas ingresan al patrimonio social, en ésta únicamente 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.⁴³ Por ello se puede decir, con *Rotondi*, que faltando un patrimonio autónomo, falta naturalmente la posibilidad de hablar de persona jurídica.⁴⁴

Como nuestra figura carece de personalidad y no es sociedad, es natural que carezca también de patrimonio propio, que es un atributo de las personas físicas y morales; los bienes aportados con ocasión del contrato no pueden transferirse a la A. en P. por la ausencia de personalidad; no se configura un patrimonio o un fondo común, porque, como ya se dijo, el único patrimonio que existe ante terceros es el del asociante.

Nuestra Suprema Corte de Justicia ha sostenido al respecto: “*Asocia-*

⁴¹ *Op. cit.*, p. 198.

⁴² Escarra, Jean, *Cours de Droit Commerciale*, 2a. ed., París, Lib. Recueil Sirey, 1957, p. 550.

⁴³ Así amparo directo 5071/57, Francisco Rivera Ayala, S.J.F., sexta época, cuarta parte, vol. XV, p. 92.

⁴⁴ *op. cit.*, p. 499.

ciones en participación, personalidad de sus socios. Como las asociaciones en participación no tienen una personalidad distinta de la de los asociados, los bienes no pasan de la propiedad del aportante a la de la asociación".⁴⁵

Solá Cañizares argumenta que el CCo español, en su artículo 239, se limita a decir que "los contratantes contribuirán con la parte de capital que convinieren...", pero que nada dice respecto a la organización de tales aportaciones y como la ley no prohíbe el pacto de constituir un fondo común, éste es lícito.⁴⁶ Sin embargo, si bien es cierto que no se prohíbe la existencia de éste, ello se deduce de las relaciones meramente contractuales entre asociante y asociado, y de la carencia de personalidad jurídica, permitir la existencia de un patrimonio común iría contra la naturaleza de la A. en P.; y el pacto que lo estableciera no sería válido por cuanto que el asociante no limitaría su responsabilidad hasta el monto de dicho patrimonio, constituido por las aportaciones de las partes, sino respondería con todo su patrimonio; o bien, si además de constituir un patrimonio separado del individual del asociado, se manifiesta ante terceros la existencia de una sociedad, estaríamos en presencia de una sociedad irregular.⁴⁷

El mismo autor expresa que hay un fondo común formado por los beneficios que aún no se distribuyen, o eventualmente por las pérdidas que se hayan producido; en este sentido, dicho fondo estaría constituido por las utilidades o pérdidas resultantes de las operaciones de comercio, que no corresponden, de acuerdo al autor, ni al asociante ni al asociado, sino a ambos y que se distribuye de acuerdo a la forma y métodos de la sociedad.

No hay nada común: es una obligación del asociante frente al asociado en el primer caso; un derecho de éste frente a aquél, en el segundo, porque aunque ambos participen de los resultados no significa que éstos constituyan el fondo común de la A. en P., puesto que se trata de un negocio del asociante o de las operaciones por él realizadas, de cuyas utilidades o pérdidas debe hacer partícipe el asociado, pero no es de ninguna manera el patrimonio de la A. en P., aun cuando por motivos

⁴⁵ S.J.F., t. LXI, Banco Nacional de México, S.A., p. 4437.

⁴⁶ Solá Cañizares, *op. cit.*, p. 112.

⁴⁷ Una de las consecuencias de la personalidad jurídica es el patrimonio; ahora bien, en el supuesto de que las partes crearan un patrimonio autónomo a los individuales de ellos, no con ello configurarían una sociedad, que por la falta de requisitos establecidos en la ley fuera irregular, pues para ser sociedad se requiere además su publicidad como tal (art. 2º, párrafo tercero, de la LGSM). Cfr. en la doctrina a Navarrini, Umberto, *op. cit.*, p. 217 y Mezzera Alvarez, Rodolfo, *Curso de derecho comercial*, 2a. ed., Montevideo, Ed. Medina, 1957, t. II, p. 188. Véase nota 49.

de hecho el asociante haya separado lo que se refiere a las operaciones en participación del resto de su patrimonio.⁴⁸

En todo caso, aun en las legislaciones que expresamente denominan sociedad a nuestra figura, ellas expresan que la A. en P. carece de patrimonio, y determinan la transmisión de los bienes aportados por el asociado al asociante, quien frente a terceros aparece como dueño exclusivo de ellos,⁴⁹ o bien, establecen que cada uno conserva la propiedad de los mismos.⁵⁰

Repetimos, que aún sin entrar en materia respecto a la naturaleza y efectos de la aportación del asociado, los bienes aportados, respecto a terceros, en principio pertenecen en propiedad al asociante (artículo 257 LGSM); de donde se desprende que se excluye la creación de un patrimonio autónomo y que para facilitar la realización de las operaciones de la asociación, el asociante pueda disponer de ellos.

Incluso, existe la posibilidad de que los contratantes estipulen que no se transmite la propiedad de tal aportación; en este caso, el pacto debe constar en el contrato, en el que establezca que el bien aportado permanece en propiedad del asociado, pero de ninguna manera cabe la probabilidad de crear un patrimonio de la A. en P.

En la legislación francesa,⁵¹ en materia de aportación se aplican las reglas de la copropiedad, el artículo 1872, párrafo tercero, de dicho código galo establece que los contratantes pueden convenir en poner los bienes aportados en estado de indivisión, y el párrafo segundo indica que pueden ser puestos a disposición de la "sociedad en participación", los bienes que se encontraban ya indivisos entre los participantes; al parecer, ello deriva de que la mayoría de la doctrina francesa rehúsa separar de la A. en P. el principio de la necesidad de la aportación, requerido para las sociedades mercantiles, porque en Francia la A. en P. es una sociedad; por ello también se considera que la obligación de efectuar la aportación pesa tanto sobre los participantes de una A. en

⁴⁸ Cfr. Vivante, César, *op. cit.*, p. 586.

⁴⁹ En la Ley de Sociedades de Argentina se alude a fondos sociales, los que al parecer no quedarían en propiedad de los contratantes, sino constituirían un capital social, como lo sugiere Solá Cañizares, *op. cit.*, p. 64; pero es claro que únicamente para efectos internos, porque se habla de aportaciones comunes, también se establece que sean a nombre personal del asociante (art. 361). El CC francés (art. 1871) establece como principio que cada contratante conserve la propiedad de sus aportaciones.

⁵⁰ Para nuestra LGSM los bienes aportados por el asociado pertenecen en propiedad al asociante (art. 257), pero existen diversas excepciones a tal principio, *vgr.* si el asociado se reserva dicha propiedad y así lo hace saber en el contrato y/o en el registro público de la propiedad, según la naturaleza de tales bienes.

⁵¹ Cfr. los arts. 1871 y 1872 del CC francés.

P., como sobre los miembros de una sociedad.⁵² Esta solución se funda en el artículo 1832 del propio CC y en el argumento doctrinal de que la A. en P. persigue la realización de un objeto social; la jurisprudencia francesa ha puesto en duda la necesidad de la aportación, sin embargo, ha considerado que una A. en P. puede existir sin ella,⁵³ admitiendo al parecer que no se trata de una verdadera sociedad. La ley del 24 de julio de 1921, que introdujo reformas a los artículos 47 y siguientes del CCo dispuso que las A. en P. son sociedades, y, en tal sentido, en consecuencia, le son aplicables las disposiciones del ya citado artículo 1832, respecto a poner en común los bienes aportados; a pesar de ello, como esta figura carece de personalidad jurídica (artículo 1871 CC), carece también de patrimonio propio (efecto de la personalidad), y existe libertad entre los contratantes para determinar la propiedad de los bienes aportados, de manera que ellos pueden permanecer como propietarios de sus respectivas aportaciones.

Consecuentemente, si bien puede darse que asociante y asociado sean copropietarios de los bienes que aporten, éstos no corresponden al patrimonio de una sociedad con personalidad, en virtud de que el patrimonio social no es copropiedad de los socios, porque no existen derechos de propiedad sobre las partes alícuotas de sus miembros con relación a los bienes que integran dicho patrimonio, los socios no tienen la acción *pro-indiviso*, sino la acción *pro-socio*;⁵⁴ además para la existencia de una sociedad se requiere del elemento característico de la *affectio societatis*, el cual no existe en la A. en P.

El propio CC francés, establece en su artículo 1872 que los bienes aportados por los contratantes permanecen como propiedad de ellos; de donde resulta que, incluso para Francia, la A. en P. no tiene patrimonio, y que, aun respecto a terceros, los contratantes subsisten como propietarios de los bienes que aportaron a la A. en P., o bien, subsisten como copropietarios si ya lo hubieren sido antes de la aportación;⁵⁵ a falta de un patrimonio social, el vínculo jurídico existente entre las partes de la A. en P. y los bienes que aportan, subsisten a favor de ellos, a menos que el pacto establezca otra cosa (pero nunca, por supuesto, la creación de un patrimonio).⁵⁶

En virtud de que el asociante es el único que se obliga con terce-

⁵² Bezard, Pierre, *op. cit.*, p. 520.

⁵³ *Ibidem.*

⁵⁴ *Ibidem.*; así también para nuestro derecho, Rojina Villegas, *Derecho civil mexicano*, t. 6, *Contratos*, México, Porrúa, 1981, vol. 2, pp. 135 y 136.

⁵⁵ Bezard, Pierre, *op. cit.*, p. 523.

⁵⁶ Merle, Phillipe y Edith Chavallier-Merle, *L'Application Jurisprudencielle de la Loi du 24 Juillet 1966 sur les Sociétés Commerciales*, París, Dalloz, 1976, p. 435 y s.

ros, y no la A. en P., y que él compromete todo su patrimonio, no podemos hablar ni de patrimonio de esta figura, ni de deudas o créditos de grupo referidos a un patrimonio y un fin de una persona moral. Como expresa *Ascarelli*,⁵⁷ “la posibilidad de la constitución de un patrimonio separado y de una persona jurídica está todavía limitada a la hipótesis en la cual, con el contrato, se constituye una organización externa, y fuera de dicha hipótesis la constitución de un patrimonio separado o de una persona jurídica no tiene sentido”.

5. *La gestión de las operaciones en la asociación en participación y en las sociedades*

Tratándose de sociedades, éstas 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 (artículos 27 CC y 10 LGSM), administradores y gerentes (artículo 10, 34, 36, 54, 74, 78, 142, 146, etcétera LGSM); 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 a nombre y por cuenta propios, y también por cuenta del asociado; él es quien se obliga frente a terceros y obliga a éstos con él.

La gestión de la A. en P., normalmente la realiza de manera exclusiva el asociante y el asociado sólo participa en el riesgo de las operaciones; no hay en el ejercicio en común que existe en las sociedades; cierto es que el asociado puede participar en la administración de la negociación y que puede ejercer un derecho de control sobre las operaciones objeto del contrato (incluso en el ordenamiento ítalo se establece este derecho), que aunque no se consiguen expresamente en la LGSM, se puede pactar en honor a la libertad contractual con que cuentan los contratantes (artículo 255 LGSM); e incluso, si no existiera pacto alguno al respecto. Pero ese derecho del asociado no deriva de la titularidad de la empresa, la que corresponde, cuando menos externamente, al asociante; sino del hecho de celebrar el contrato, así como de su aportación, independientemente de que se constituya por bienes o por servicios y de su participación en los resultados de las operaciones.

⁵⁷ *Ascarelli*, Tullio, “I Contratti Plurilaterali”, en *Studi in tema di Contratti*, Milán, Giuffré, 1952, p. 138 y s.; *cfr.* Vázquez Martínez, Edmundo, *Derecho comercial*, Guatemala, Ed. Universitaria, 1966, t. I, p. 183 y Ferri Giuseppe, “associazione in partecipazione”, *Novissimo Digesto Italiano*, Milán, UTET, vol. 2, p. 1436.

Lo anterior significa que si bien el asociado tiene o 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 puede ser una mera verificación *post factum* de las operaciones realizadas por voluntad del asociante, pues éste concede una participación en los riesgos de sus operaciones a otro u otros que le aportaban bienes o servicios. No se excluye, por supuesto, que el asociado pueda tener una injerencia directa en la administración de los negocios, pues puede actuar como representante de la empresa del asociante en la que él es asociado.

La LGSM 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 alguna, sino que, en nuestro derecho, es el único sujeto activo, y su voluntad es personal, sin que represente ninguna voluntad colectiva.

Nuestra Suprema Corte de Justicia, ha expresado respecto al asociante que: "...Se confía en él, en su diligencia, en su pericia y en su éxito, lo único que se participa (al asociado), es el resultado de su actividad... La reunión es sólo para dividir los resultados. Por eso no tiene personalidad jurídica; el gestor (asociante) obra en su propio nombre".⁵⁸

En efecto, el elemento *participación* que califica a nuestra figura, tiene una connotación diversa a la que se da en las sociedades; en donde consiste, como hemos dicho en el poder de formación de una voluntad colectiva o en el poder de injerencia, en una posición de paridad con los socios; mientras que en la A. en P. la participación se concreta y se agota en el derecho a las utilidades y en la sujeción a las pérdidas, así como en la rendición de cuentas —pues el asociado tiene el derecho de saber el destino que se le dio a los bienes aportados por él.

Pero, además existen otras diferencias entre ambas figuras: así, podemos mencionar que el asociante sólo goza de su crédito comercial y bancario; que no puede ampliar al negocio u operaciones de la A. en P., acudiendo al público, como en las sociedades anónimas, a través de acciones u obligaciones (artículo 208 LGTOP).⁵⁹ Los acreedores de la sociedad son pagados con los bienes del ente social, con preferencia, o con exclusión según sea el caso de que tengan o no responsabilidad propia, a los bienes personales de los socios; y aquéllos únicamente pueden em-

⁵⁸ Así, Amparo directo 2950/55, Gustavo Rocha, S.J.F., sexta época, cuarta parte, vol. III, p. 39. Nuestro supremo tribunal ha considerado que el asociante es el único sujeto activo y su voluntad es individual porque no es órgano de ninguna voluntad colectiva.

⁵⁹ Cfr. Solá Cañizares, Felipe de, *op. cit.*, p. 18.

bargar la parte de utilidades que eventualmente corresponda a su deudor en la sociedad;⁶⁰ 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 (*Cfr.*, artículos 284 CCo. y 2561 CC); todos sus 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 efecto, en caso de quiebra del asociante, por aplicación del artículo 261 de la LGQSP, no existe diferencia entre los acreedores (del quebrado) por operaciones de la A. en P. y aquéllos por operaciones mercantiles propias del asociante (fracción IV); inclusive, los acreedores particulares del asociante pueden tener preferencia al pago de sus créditos si se trata de acreedores singularmente privilegiados, hipotecarios, o con privilegio especial (fracciones I a II del artículo 261 LGQSP).

En las sociedades personales, las obligaciones sociales están garantizadas subsidiariamente por la responsabilidad ilimitada y solidaria de los socios colectivos;⁶¹ mientras que en la A. en P., el asociante responde directamente, ya que, como hemos dicho, no existe algún ente social y el asociado no tiene responsabilidad alguna con los terceros.⁶²

6. *Funcionamiento, disolución y liquidación*

Cierto es que hay puntos de contacto entre la A. en P. y las sociedades mercantiles. Confirma esta relación el hecho de que nuestra LGSM prescribe que a falta de disposiciones especiales, la A. en P. funciona, se disuelve y liquida conforme a las reglas previstas para las sociedades en nombre colectivo (artículo 259).

En efecto, si bien 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 éste; por ello, debiendo respetar primero la voluntad de las partes,⁶³ el legislador previó la aplicación de las reglas de las sociedades y concretamente las de las sociedades en nombre colectivo.⁶⁴

⁶⁰ *Cfr.* Ripert, *op. cit.*, p. 32.

⁶¹ *Cfr.* arts. 2º, párrafo 5º, 25, 51, 58 y 207 de la LGSM y 2704 del CC.

⁶² Salvo los casos en los cuales se concede su participación, como vimos en la distribución de utilidades y pérdidas, y para aquellos países que expresamente lo indican.

⁶³ Pero esta voluntad no debe interpretarse ilimitada puesto que no podrían, *vgr.*, estipular que el pacto se rigiera por las disposiciones de las sociedades anónimas, ya que irían contra la naturaleza del contrato mismo.

⁶⁴ Supino, David, *Derecho mercantil* (trad. de Lorenzo Benito), Madrid, s/e, s/s,

Pero la A. en P. es diferente a las sociedades en nombre colectivo. En efecto, en éstas, todos los socios responden de manera subsidiaria, solidaria e ilimitada de las obligaciones que asuma el ente social (artículo 25 LGSM); en cambio, en la A. en P., sólo el asociante responde de las obligaciones de las operaciones y su responsabilidad es directa y no subsidiaria; por su parte, el asociado responde frente al asociante hasta el valor de su aportación (artículo 258 LGSM), por lo que no podría tener aquella otra responsabilidad; pues de ser así, la quiebra del asociante provocaría su quiebra (artículo 40 LGQSP), lo cual, además, no opera, porque el artículo 128, fracción IV, de la LGQSP prevé sólo la compensación del asociado en la quiebra del asociante.

Las reglas previstas para las sociedades en nombre colectivo, sólo se aplican a la A. en P., ante el silencio de las partes y cuando dichas reglas no pugnen con las disposiciones previstas en la LGSM, ni con la naturaleza propia de dicha figura. Sin embargo, a nuestro juicio las reglas que primero deberían serle aplicables, serían las de las sociedades en comandita simple, y sólo supletoriamente, las de las sociedades en nombre colectivo, y ello, en virtud de la semejanza más estrecha que guardan los socios de la comandita con los contratantes de una A. en P.

En efecto, en las sociedades en comandita simple los socios comanditados, que responden de manera solidaria, subsidiaria e ilimitada, y que son quienes realizan actos de administración de la sociedad, y sus nombres forman la razón social del ente (artículos 51, 52 y 54 LGSM), corresponden al asociante; los comanditarios, que únicamente se obligan al pago de su aportación, que no pueden ejercer actos de administración so pena de responder solidariamente para con los terceros (artículos 51, 54, y 55 LGSM), guardan semejanza con los asociados de la A. en P. De cualquier manera debemos advertir que la propia LGSM prevé aplicables a estas sociedades algunas de las disposiciones previstas para las sociedades en nombre colectivo (artículo 57).

Por otra parte, el pacto que establezca que a la muerte de alguna de las partes el contrato continúe con sus herederos, opera en la A. en P., al igual que en las sociedades en nombre colectivo (artículo 32 LGSM). Respecto a las modificaciones del contrato, como en las socie-

p. 235, señala que en silencio de las partes, se aplican las reglas previstas para las sociedades colectivas, y Ramírez Baños, F., "La asociación en participación en el derecho positivo mexicano", *Revista de la Universidad de San Carlos*, Guatemala, t. LXIII, núm. 63, mayo-junio-julio-agosto, 1964, p. 61, advierte que a la A. en P. no se le puede aplicar las reglas establecidas para las sociedades en nombre colectivo en cuanto a su funcionamiento, disolución y liquidación, sino sólo haciendo un parangón y considerando capital social al patrimonio destinado a los fines de la misma.

dades personales, que requieren, en principio el acuerdo unánime de los socios, en la A. en P. (artículo 34 LGSM) se requiere el consentimiento de las dos partes.

En cuanto a la prohibición de realizar operaciones o negocios del mismo género de los que constituyen el objeto (fin o causa) de la A. en P. (artículo 35 LGSM), debe entenderse que opera para el asociante, quien realiza las operaciones, salvo que en el contrato se haya estipulado el consentimiento de las partes, ya que de hacerlo iría en perjuicio del asociado y éste tendría derecho a exigir el pago de daños y perjuicios; pues habiendo aportado sus bienes para participar en operaciones del asociante, éste las habría realizado para su exclusivo provecho, y privaría a aquél de obtener las ganancias a que tiene derecho (artículos 2104, 2108 y 2109 CC). La prohibición de competencia para el asociado sólo puede operar también por virtud del pacto.

La rendición de cuentas, como señalamos anteriormente, deberá hacerse semestralmente si no se ha pactado otra cosa, y en cualquier tiempo en que lo acuerden los contratantes, como establece el artículo 43 de la LGSM (al que remite el artículo 259 de la misma LGSM).⁶⁵ En cuanto a la rescisión del contrato, como vimos en el capítulo anterior, son aplicables a la A. en P. las disposiciones previstas para la rescisión de la sociedad en nombre colectivo (artículo 50), con la modalidad de que la A. en P. puede rescindirse por emplear el asociante las aportaciones del asociado para negocios propios y exclusivos de él; por comisión de actos fraudulentos o dolosos por alguna de las partes o por ambas en perjuicio de terceros; y por quiebra del asociante, salvo que el síndico, previa autorización del juez, declare que va a cumplir con el contrato, o bien si la A. en P. se refiere o relaciona a la empresa del quebrado y ésta continúa en marcha (*cfr.* artículo 140 LGQSP) por interdicción o inhabilitación para ejercer el comercio.

A diferencia de las sociedades, cualquiera de las partes del contrato de A. en P. puede invocar la *exceptio inadempti contractus*, frente a la otra parte incumpliente, o demandar la rescisión o el cumplimiento forzoso del contrato, y en ambos casos el pago de daños y perjuicios (artículos 376 CCo y 1949 CC).

En general, sólo 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 aquélla; por ello, la supletoriedad de las normas que regulan a las sociedades en nombre colectivo debe entenderse que

⁶⁵ En el derecho italo el asociado tiene derecho a la rendición de cuentas hasta la terminación del negocio, o, si dura más de un año en contrato, anualmente.

siempre regulan las relaciones entre asociante y asociado, pero nunca respecto a terceros.

7. Distribución de utilidades y pérdidas

En esta materia también son aplicables a la A. en P., las reglas previstas en la LGSM para la distribución de utilidades y pérdidas en las sociedades (artículo 16). Reglas que sólo se aplican cuando las partes no establecen forma alguna de su distribución y siempre que ellas no pugnen con los disposiciones previstas para la A. en P., ni con la prohibición del pacto leonino que consagra el artículo 17 de la LGSM.

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 aquél, y existe el derecho personal del asociado frente al asociante de obtener y de exigir la parte convenida; pero si no se pactó la forma en que han de participar, deben ajustarse a las reglas previstas en el artículo 16 de la LGSM (al que nos remite el artículo 258).

El artículo 16 citado, fija reglas de distribución de utilidades y pérdidas en cuanto a la naturaleza de las aportaciones, y determina la distribución según que las aportaciones sean de capital (bienes) o de industria (trabajo).

Si el asociante y el asociado aportaron capital, la distribución de utilidades o pérdidas será proporcional a su aportación. Si del balance elaborado según el pacto, se acuerda el reparto de utilidades o pérdidas, cada parte adquiere utilidades o asume pérdidas, según el caso, en proporción a sus aportaciones (artículo 16, fracción I).

Si una de las partes aportó industria, le corresponderá la mitad de las utilidades (artículo 16, fracción II), si fueren varios los asociados y todos ellos hubieren aportado su trabajo, entre ellos se dividirá la mitad de las ganancias y la otra mitad le corresponderá al asociante.

Estos dos supuestos no ofrecen problema en la A. en P.; sin embargo, el de la fracción III del propio artículo 16 que establece que "el socio industrial no reportará las pérdidas", requiere una mayor explicación. Nosotros consideramos que este supuesto no es aplicable a la A. en P. cuando es el asociante quien sólo aporta sus servicios; es decir, cuando el asociante no aporta bienes sino sólo su trabajo que consiste en la organización, dirección y realización de la negociación mercantil, o de las operaciones de comercio.⁶⁶

⁶⁶ Ramírez Baños, F., *op. cit.*, p. 58 sostiene que aunque en la ley no se incluya como presupuesto de existencia para el contrato que el asociante aporte bienes o servicios, debe entenderse que su aportación está representada por la organización

En efecto, la aplicación de esta fracción III haría suponer que el asociante, quien según el artículo 256 de la LGSM obra en su propio nombre y como tal responde de las obligaciones de la A. en P., al no responder de las pérdidas limitará su responsabilidad al valor de los servicios prestados; lo cual, como ya dijimos, sería incongruente con lo dispuesto en el artículo 258 que exime al asociado de una responsabilidad mayor al valor de su aportación. Esta disposición del artículo 258 es válida tanto interna como externamente (para el supuesto de que los terceros tuvieran conocimiento de la A. en P. y que ejercitaran la acción oblicua contra el asociado). El asociado sólo responde frente al asociante hasta el valor de su aportación y el asociante, aunque haya aportado servicios, responde frente a terceros de todas las obligaciones por él contraídas, sin perjuicio de que pueda repetir contra el asociado; pero éste, repetimos, sólo responderá hasta el monto de su aportación.

La norma del artículo 16, fracción III, sólo puede aplicarse al asociado (al igual que a los socios industriales de responsabilidad limitada). Ahora bien, la expresión "el socio industrial no reportará las pérdidas", parecería indicar, textualmente, que no se participa en éstas. Debemos tomar en cuenta que la finalidad de la A. en P. consiste en participar a una persona en el riesgo de una o varias operaciones de comercio, en sus resultados, y no en hacer como único responsable de las pérdidas al asociante (pues, entonces éste no celebraría el contrato) o al asociado, en virtud de que éste permanece ajeno al comercio, y confía en la pericia y éxito comerciales que pueda tener el asociante. Además, en realidad, quien aporta servicios, también reporta las pérdidas en cuanto que nada recibe a cambio de su trabajo prestado.⁶⁷

Por el contrario, admitir la hipótesis del multicitado artículo 16 en su fracción III, como se desprende de su definición legal (artículo 252), iría contra la naturaleza de la A. en P. Por otra parte, no compartimos la opinión de *De Gregorio*, quien sostiene que en tal situación no se viola principio alguno de equidad;⁶⁸ consideramos, por el contrario, que dicha tesis equivaldría a legitimar el pacto de exclusión de las pérdidas, que también consideramos como leonino, y por ende, prohibido,⁶⁹

y gestión de las operaciones relativas, lo cual no es óbice para que aporte bienes u otros servicios.

⁶⁷ Mantilla Molina, *op. cit.*, p. 207.

⁶⁸ De Gregorio, *op. cit.*, p. 432.

⁶⁹ La LGSM en su art. 17 expresa que "no producirán ningún efecto legal las estipulaciones que excluyan, a uno o más socios, de la participación de las ganancias". Si bien este precepto sólo se refiere a las ganancias y no a las pérdidas, consideramos, con apoyo a la tesis sostenida por el maestro Barrera Graf, *op. cit.*, p. 101, que "no se puede admitir la validez del pacto que excluya las pérdidas".

y que tratándose de negocios asociativos de derecho civil se sanciona con nulidad, no sólo a él, sino la sociedad misma.

En todo caso, para quienes no compartieran nuestro punto de vista, diremos que si no se participara en las pérdidas de una A. en P. no se estaría en presencia de este contrato, sino en todo caso en otro negocio distinto al de una A. en P.; verbigracia, en un contrato de co-interés,⁷¹ o en uno de trabajo con participación en utilidades, pero no en una A. en P.

Para finalizar este apartado referente a la A. en P. y las sociedades mercantiles, nos resta decir que la aplicación de las reglas consignadas para las sociedades en las relaciones recíprocas de los participantes de una A. en P., se justifica porque la A. en P., como negocio asociativo, es similar al contrato de sociedad, ya que al igual que éste, tiene por objeto la división de utilidades y pérdidas que deriven del negocio efectuado en interés común, aunque sólo a nombre del asociante.

Sin embargo, aquellas reglas de las sociedades que presuponen la existencia de un ente social, de un fondo común, o aquellas otras que imponen sanciones especiales a los socios (como la exclusión, prevista en el artículo 35), no son aplicables a la A. en P.⁷² por su naturaleza bilateral, por la carencia de personalidad y por la inexistencia de relaciones entre el asociado y los terceros.

Respecto a las acciones que cada contratante tenga contra el otro, deberán ejercitarse según las normas ordinarias del procedimiento mercantil, pero no ante la autoridad judicial de un supuesto domicilio de la A. en P., ya que jurídicamente carece de él en virtud de que no es persona moral,⁷³ sino ante la autoridad judicial del domicilio del deudor (cfr. artículos 1104 y 1105 CCo.).

⁷⁰ Así nuestro CC en su art. 2696 expresamente sanciona con nulidad a las sociedades en las que se estipule la pertenencia exclusiva de los provechos en favor de alguno o algunos de los socios y todas las pérdidas a otro u otros.

⁷¹ En este sentido Cfr. Rotondi, Mario, *op. cit.*, p. 489 y Rodríguez Valcarse, *op. cit.*, p. 737, para aquél el art. 2454 del CC italo al excluir la participación de pérdidas al asociado, contradice los fundamentos de la A. en P.; y aun De gregorio, *op. cit.*, p. 421, estima que la participación en los riesgos favorables y en las pérdidas, constituye el objeto principal del contrato de A. en P.

⁷² Vivante, César, *op. cit.*, p. 580.

⁷³ Así, Leumeunier, Francis, *Principles et Pratiqúés du Droit Commercial, Droit des Affaires*, París, J. Delmas, et Cie, 1981, p. M1, M2 y M3; expresa que a menos que una organización diferente se haya previsto, las relaciones entre los "socios" se rigen por las disposiciones de las sociedades civiles, si la A. en P. es de naturaleza civil, y por las normas de las sociedades en nombre colectivo si es de carácter mercantil. Cfr. art. 1871-1 del CC galo. En nuestro derecho, como señalamos anteriormente, no puede existir una A. en P. de naturaleza civil, en virtud de que la A. en P. es de carácter lucrativo y su objeto es la realización de operaciones de comercio; es decir, debe ajustarse a la definición del art. 252 de la LGSM.

IV. LA ASOCIACIÓN EN PARTICIPACIÓN Y LAS SOCIEDADES IRREGULARES

Cobra importancia la distinción entre estas dos figuras (sociedades irregulares y sociedades ocultas) y la A. en P., en virtud de que por la demora de algunos trámites jurídicos y administrativos, la usual urgencia por operar en el comercio, la accidentalidad de un negocio comercial, la posibilidad de compartir el riesgo de una empresa, la necesidad de capital que de obtenerse de otra manera menoscabaría los ingresos por los altos intereses bancarios y la posibilidad de perder todo lo invertido, constituyen circunstancias que hacen que las personas se asocien irregularmente frente a la tipología legal, o bien, que constituyan una sociedad oculta, o que celebren una A. en P.

Quando varios individuos convienen en constituir una sociedad y como tal se manifiestan frente a terceros sin cumplir con los requisitos establecidos por la ley, nos encontramos frente a una sociedad irregular, frente a una sociedad que ofrece vicios de publicidad; pero nuestra LGSM reconoce personalidad a estas sociedades con tal que se exterioricen como tales frente a terceros, consten o no en escritura pública (artículo 2o, párrafo 3o).

La sociedad irregular es aquella que adolece de vicios de publicidad, esto es, que no se inscribe en los registros públicos, pero que se exterioriza como sociedad. A diferencia de la A. en P., la no inscripción en el Registro Público de Comercio de la sociedad, constituye una irregularidad,⁷⁴ mientras que la A. en P., no sólo está exenta de publicidad, sino que la ley la excluye (artículos 254 y 256), y aunque se manifestara frente a terceros y se diera a conocer, no se convertirá en una sociedad irregular.

La sociedad irregular tiene personalidad jurídica distinta de la 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.

La exteriorización de la sociedad irregular frente a terceros es, en nuestra legislación, un requisito *sine qua non* para el otorgamiento de personalidad; la A. en P., en cambio, ni es persona jurídica, ni se manifiesta como sociedad; sí pueden los contratantes revelar su existencia, pero ello no la transforma en sociedad, en todo caso, da mayor seguridad a los terceros que contratan con el asociante.

En estas sociedades, los socios no culpables de la irregularidad pueden exigir el pago de los daños y perjuicios que sufran como consecuen-

⁷⁴ Barrera Graf, Jorge, "Irregularidades de las sociedades", *Introducción al derecho mexicano*, México, UNAM, 1981, p. 828.

cia de ésta, a quienes fueran culpables, y a los que actuaren como representantes o mandatarios de dicha sociedad (artículo 2o, párrafo 6o), mientras que en la A. en P. este supuesto no opera, ya que no existe irregularidad en la celebración del contrato, la falta de registro es una característica perfectamente regular.

En cuanto a la representación de la sociedad irregular, puede llevarse a cabo por uno o varios de los socios, quienes responden del cumplimiento de los actos por ellos realizados de manera subsidiaria, solidaria e ilimitada, e incluso asumen responsabilidad penal en que hubieren incurrido, cuando los terceros resultaren perjudicados (artículo 2o, párrafo 5o); en la A. en P., en cambio, el asociante es 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 LGSM; pero en las irregulares serán aplicables las disposiciones según la clase de sociedad de que se trate;⁷⁵ mientras que la A. en P., a falta de estipulaciones especiales, se rige siempre por las normas de sociedades en nombre colectivo, que no contraríen la naturaleza de la A. en P.

En derecho extranjero existen casos límites en que, respecto a la A. en P., por la amplitud de las operaciones, o la prolongación en el tiempo de su duración, podría considerarse que se transformará por vía de hecho en una sociedad irregular.

Este supuesto parece probado en la legislación argentina, en la que únicamente se admite la A. en P. como aquella cuyo objeto sea una o varias operaciones determinadas y transitorias, de tal manera que su indefinida o prolongada duración la transformaría en una sociedad irregular.⁷⁶

Entre nosotros, la prolongación de la A. en P. no puede determinar que se trate de una sociedad; de los términos del artículo 252 se infiere que nuestra A. en P. también puede tener tal carácter, además de ser transitoria.

Por otra parte, el asociante puede solicitar que se le constituya en

⁷⁵ Al parecer sólo podría haber sociedades irregulares de cualquiera de los tipos previstos por la ley, según desprenderíamos del art. 20, párrafo 4º de la LGSM.

⁷⁶ Muguillo, Roberto Alfredo, *op. cit.*, p. 74 y 75, nos expresa que los tribunales argentinos basan la existencia de la A. en P. alternativamente en la accidentalidad, en la transitoriedad, y en ambas características en forma conjunta resolviendo que la indeterminación o duración de las operaciones la transformarían en una sociedad irregular o de hecho.

suspensión de pagos y que se convoque a sus acreedores para la celebración del convenio preventivo de la quiebra (artículo 394 LGQSP); la sociedad irregular, en cambio, está exenta de este beneficio (*cf.*, artículos 396, fracción VI, y 397, *Ibid*).

V. ASOCIACIÓN EN PARTICIPACIÓN Y LAS SOCIEDADES OCULTAS

Cobra también importancia la distinción entre estas sociedades y la A. en P., en virtud de que podrían existir casos límites entre ambas, en los que únicamente las características particulares del caso podrían darnos la pauta de su encuadramiento. Sin embargo, debemos advertir que las diferencias entre ambas figuras resultan no sólo de su concepción, sino también de la regulación jurídica de la A. en P. y de la ausencia de ésa en las sociedades ocultas.

Como hemos señalado (*supra*), las sociedades ocultas, al igual que la A. en P., carecen de personalidad jurídica porque no se registran ni se manifiestan al exterior; se organizan y actúan únicamente porque los socios que las constituyen mantienen relaciones internas.

La A. en P. se diferencia de esas sociedades, porque 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 el ejercicio en común de dicha actividad.⁷⁷

Se sostiene, en el derecho argentino, que la A. en P. es una sociedad oculta, "anómala",⁷⁸ una sociedad que crea entre sus miembros una relación jurídica oculta, interna, y que es precisamente en esta faz interna en donde se manifiestan sus caracteres típicos de sociedad; sin embargo, ni aun internamente existe sociedad, pues no hay el ánimo o la intención de formar una sociedad o de que las partes se constituyan en socios.

Cabe admitir que la diferencia entre la A. en P. y las sociedades es clara, cuando ponemos como elemento esencial 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 la A. en P. y esas sociedades, si se sostiene que entre los contratantes existe una relación de sociedad de manera interna. No obstante, la diferencia subsiste: esas sociedades ocultas, aunque no cuentan con personalidad jurídica, tienen una organización interna; en cambio, en la A. en P. no existe tal, los participantes no tienen la intención de ser

⁷⁷ Messineo, Francesco, *op. cit.*, t. VI, p. 10.

⁷⁸ Muguillo, Roberto Alfredo, *op. cit.*, p. 74.

socios, sino sólo la de participar en los resultados de las operaciones comerciales, tampoco hay la comunión de medios y de poderes, ni la existencia de órganos propios de una sociedad: asamblea, consejos de administración o de vigilancia; características de las sociedades, incluso de las ocultas.

En efecto, cuando la acción externa se realiza por una sola persona, pero es determinada por la acción volitiva de todos los contratantes, ello es resultado de una voluntad colectiva, de una sociedad;⁷⁹ de igual manera que si esa situación no se exterioriza (o se hace de manera irregular); en cambio, si la actividad externa la realiza una sola persona, que es determinada por su única voluntad, y cuando por ese acto volitivo la otra u otras personas sólo adquieren una participación en los resultados prósperos o adversos de dicha acción (encaminada a realizar operaciones de comercio), nos encontramos frente a una A. en P.⁸⁰ y no frente a una sociedad, ni siquiera oculta.

Por ello, no se puede decir que la A. en P. sea una sociedad oculta entre los contratantes, en virtud de que no existe su voluntad de constituirse en socios de alguna sociedad; con razón señala *De Gregorio*⁸¹ que la A. en P. puede aislarse de las otras figuras asociativas comprobando la voluntad originaria, en el acto de constitución, y en la voluntad real de los que participan en ella; y de ese acto volitivo se desprende que no se ha querido formar una sociedad oculta, sino una A. en P.

Es cierto que ambas figuras son ocultas, pero mientras que cuando desaparece esta característica en las sociedades ocultas éstas se transforman en sociedades irregulares⁸² (pues el carácter oculto les es esencial), en la A. en P., como hemos señalado reiteradamente, el conocimiento por terceros de la existencia del contrato no cambia su naturaleza.

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

Ambas figuras, afines por la comunidad de origen de acuerdo con la doctrina dominante,⁸³ presentan diferencias que debemos resaltar.

⁷⁹ Cfr. Ferri, Giuseppe, voz, 'Associazione...' en *op. cit.*, pp. 1436 y s.

⁸⁰ *Ibidem.*

⁸¹ De Gregorio, *op. cit.*, pp. 430 y s.

⁸² Así, Barrera Graf, Jorge, "Las sociedades..." en *op. cit.*, pp. 1134 y s.

⁸³ Así, para la mayoría de los tratadistas la *commenda* mercantil dio origen a la A. en P.; Garrigues Joaquín, *Tratado de derecho mercantil*, México, Porrúa, 1981, pp. 577 y s.; expresa que la A. en P. conserva la esencia de la *commenda*, mientras

Nuestra LGSM expresa en su artículo 51 que la sociedad en comandita simple es la que existe bajo una razón social y se compone de uno o varios socios comanditados que responden de manera subsidiaria, solidaria e ilimitada, de las obligaciones sociales, y de uno o varios comanditarios que únicamente están obligados al pago de sus aportaciones.

Las divergencias entre ambas figuras resaltan claramente, en virtud de que la A. en P., a diferencia de la comandita, no es una sociedad mercantil, no aparece en la enumeración del artículo 1o. de la propia LGSM, carece de personalidad jurídica, de razón o denominación social y de patrimonio.

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

En la comandita, señala *Arcangeli*,⁸⁴ se tiene una verdadera y propia sociedad, en el sentido que las cuotas sociales constituyen en fondo patrimonial, del cual se deberá considerar propietaria la sociedad como tal o la colectividad de los socios, según que se admita o se niegue la personalidad jurídica de la sociedad. En la A. en P., en cambio, continúa el autor, el participante no es un verdadero socio, y la participación común no forma una verdadera sociedad, porque la cuota del participante (asociado) no va a constituir un patrimonio particular, sino que pasa en propiedad al asociante.

La sociedad en comandita se manifiesta mediante una razón social, característica que consiste en la necesidad de publicación del contrato; en cambio, en la A. en P., como expresa *Arcangeli*,⁸⁵ la publicidad no es

que la sociedad en comandita sólo su nombre; Cfr. Mantilla Molina, *op. cit.*, p. 183 y 263. En cambio, para *Arcangeli*, "L'Origine della società in accomandita", en *op. cit.*, p. 61 y s., el origen de la sociedad en comandita es difícil de determinar; no comparte, pues, esa opinión generalizada, ya que considera que debe demostrarse de manera convincente que la commenda sea la génesis de dicha sociedad, la que para este autor constituye una nueva forma de empresa. Para la historia de esta figura, véase Goldschmidt, *Levin*; *op. cit.*, pp. 202 y s.

⁸⁴ *Arcangeli*, *Ageo*, *op. cit.*, p. 70.

⁸⁵ *Arcangeli*, *Ageo*, *op. cit.*, p. 72, en la nota 1 a su estudio, señala que "decir que la participación no está por obligación sujeta a alguna forma de publicación. no quiere decir que la misma no pueda ser, queriendo, dada a conocer a los terceros". En este orden de ideas, Soprano, Enrico, *Tratatto teorico pratico delle Società Commerciali*, Turín, UTET, 1934, p. 1084, considera que la publicidad de la A. en P. se hace necesaria cuando por la naturaleza del bien así se requiera; Cfr. también a Mantilla Molina, *op. cit.*, p. 189, y a Vázquez del Mercado; *Contratos Mercantiles*, México, Porrúa, 1982, p. 365.

esencial, pues el contrato puede, o queda normalmente desconocido por terceros.

Los terceros que tratan con el representante de la sociedad en comandita, conocen la existencia del contrato; en cambio, en la A. en P., como el asociante obra en su nombre personal, los terceros no necesitan saber ni conocer la existencia del asociado, pues su crédito está garantizado con todo el patrimonio del dicho asociante.

En cuanto a la responsabilidad de los socios de la comandita, podría aceptarse que existe mayor analogía con la responsabilidad del asociado de la A. en P., que con la responsabilidad de los socios de una sociedad en nombre colectivo, en la que todos responden de manera subsidiaria, solidaria e ilimitada; sin embargo, en la sociedad en comandita la responsabilidad de los socios comanditarios, limitada al pago de su aportación, opera respecto a la sociedad y a los terceros; en la A. en P., en cambio, la responsabilidad del asociado opera frente al asociado y no frente a terceros, respecto de los cuales no asume ninguna, puesto que permanece ignorado.

Respecto a la prohibición de injerencia en la administración de la sociedad impuesta a los socios comanditarios (artículo 54 LGSM), no existe respecto al asociado de la manera como rige para aquéllos,⁸⁶ en virtud de que no existe sociedad que administrar, y en todo caso, el asociado puede participar en la administración de la negociación de que es partícipe, como representante del asociante en su empresa. Es decir, el asociado puede ejercer actos de administración con carácter de apoderado o mandatario del asociante, sin que por ello, obviamente, se obligue directamente con los terceros por las obligaciones del asociante en que hubiera tomado parte (como sí ocurre con los socios comanditarios, según el artículo 55).

La administración de la negociación mercantil que fuera el objeto de la A. en P., compete de manera exclusiva al asociante, al igual que aquella que fuera el objeto de una sociedad en comandita sólo correspondería a los socios comanditados, quienes por esta razón suelen también llamarse gerentes o socios gestores;⁸⁷ pero mientras la responsabilidad de éstos es subsidiaria, solidaria e ilimitada, la del asociante es principal en virtud de que responde directamente como único dueño de la negociación.

La comandita se distingue de la A. en P., tanto en su estructura in-

⁸⁶ Cfr. Ripert, *op. cit.*, p. 157.

⁸⁷ Cfr. Muñoz, Luis, *Derecho mercantil*, México, Herrero, 1952, t. I, p. 453; también Cfr. Branca, Giuseppe; *op. cit.*, pp. 534 y 535, Messineo, Francesco, *op. cit.*, t. V, pp. 351 y s.

terna como externa; por ello, tal vez, señale *Mantilla Molina*⁸⁸ que “la comandita tiende a ser desplazada por la asociación en participación. En efecto, mediante ese contrato se logra la misma finalidad que en la comandita: tomar parte en una actividad mercantil, sin arriesgar la totalidad del patrimonio”; lo que resultaría cierto sólo para el asociado, o los socios comanditarios. De acuerdo con el autor, se podría decir que si por ambas figuras se logra la misma finalidad, se prefiere el contrato de A. en P., en virtud de la simplicidad para su celebración, pues no se exige su registro, carece de razón social y no hay necesidad de que el acto jurídico sea conocido por terceros.

VI. LA ASOCIACIÓN EN PARTICIPACIÓN Y LA APARCERÍA

La distinción entre la A. en P. y el contrato de aparcería es importante, y debe hacerse en virtud de que en ambos contratos existe la participación de utilidades.

Nuestro derecho común reconoce dos tipos de aparcería rural: la agrícola y la de ganado, y aunque no da una definición del contrato, determina en qué consiste cada uno de ellos.

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 o conforme a las costumbres del lugar, pero al aparcerero no podrá corresponderle menos del 40% de la cosecha (artículo 2741 CC). 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 CC).

De lo anterior se puede deducir que se trata de un contrato por virtud del cual una persona se obliga a ceder a otra el disfrute de un predio rústico o de cierto número de cabezas de ganado, a cambio de obtener una parte de los frutos o de las utilidades que se obtengan.⁸⁹

Se trata de una colaboración de personas: el propietario de la tierra o del ganado y la persona que lo cultiva o los cuida; en algunas ocasiones, o tal vez siempre, existe un fin común que consiste en la obtención de frutos y la participación de ellos; sin embargo, la aparcería presenta mayor analogía con el arrendamiento y con la relación de

⁸⁸ *Mantilla Molina, op. cit.*, p. 266. Este argumento sólo es válido para los socios comanditarios y el asociado, pues los comanditados y el asociante arriesgan todo su patrimonio.

⁸⁹ *Cfr.* Pina Vara, Rafael de, *Derecho mercantil mexicano*, México, Porrúa, 1978, p. 217; en el derecho extranjero, a Branca, Giuseppe, *op. cit.*, p. 424.

trabajo que con la A. en P., sobre todo cuando el propietario de los bienes se desinteresa del cultivo del fundo o cuidado del ganado, obteniendo únicamente las ganancias a manera de pago del arrendamiento, y cuando se establece que el aparcerero no podrá corresponderle, sólo por su trabajo, menos del 40% de la cosecha.

Existe, en este caso una protección semejante a la del trabajador. La confusión entre la A. en P. y este contrato se ha presentado en la práctica en el Estado de Sinaloa, en donde, inclusive, se han formado confederaciones de esas asociaciones, pero en realidad, se trata de asociaciones agrícolas diferentes a la A. en P., en las que los ejidatarios aportan su tierra y trabajo, y un capitalista aporta las semillas y los instrumentos de labor.⁹⁰ Su finalidad, lejos de ser lucrativa, consiste en hacer productiva la tierra, que en principio sólo puede hacerse con la ayuda de otra persona que facilite los instrumentos de trabajo.

Las diferencias entre la A. en P. y el contrato de aparcería destacan, porque mientras en la primera se trata de un contrato mercantil, la aparcería es civil, o si se quiere, un contrato agrario; la A. en P. es siempre de carácter voluntario, es decir, nace por un acto volitivo de las partes; en cambio, la aparcería rural puede ser voluntaria o forzosa, como se desprende del artículo 2751 del CC; en la A. en P. pueden existir aportaciones de goce, de uso, de propiedad y de trabajo; en la aparcería se limitan respecto al propietario a una aportación de goce de ciertos bienes específicamente determinados, que son un predio rústico o una partida determinada de ganado, y respecto al aparcerero o colono, su prestación es de trabajo en la tierra o respecto al ganado.

Tanto en la A. en P. como en la aparcería rural, una de las partes realiza las actividades necesarias para la obtención de frutos: En ambos negocios existe la participación en las utilidades o frutos obtenidos;

⁹⁰ Cfr. Hardy, Clarisa, "Conflicto social en el campo, Sinaloa 1970-1980. Campesinos y agricultores, una alianza desigual. Antecedentes para un debate necesario". (Versión para la Discusión), Sinaloa, México 1980, pp. 15 y s.; en cuyo estudio se refiere a las llamadas asociaciones en participación del Estado de Sinaloa; las que consideramos distan del concepto y funcionamiento de la A. en P. En realidad, se trata de asociaciones agrícolas y de contratos agrarios cuya finalidad es hacer producir la tierra; pero, no de una A. en P., pues no se trata de una actividad comercial y dichas asociaciones agrícolas carecen de propósito especulativo, que es una característica de nuestro contrato. Así lo resolvió nuestro Supremo Tribunal, en Amparo directo 5331/44, Ramírez Justo y coags, quinta época, t. LXXXIII, p. 4188, en el que expreso que "... no se constituyó una negociación mercantil por los intervinientes en esa contrato, ni la realización de una o varias operaciones de comercio, ya que el objeto primordial del convenio de trabajo, es la siembra y cultivo de unas parcelas de terreno, ... la constitución de la asociación no tuvo por finalidad las operaciones de comercio; luego tal contratación no puede reputarse una asociación en participación".

pero en la distribución de las pérdidas, el asociado responde de ellas hasta el monto de su aportación; en la aparcería, en cambio, el aparcerero no responde de las pérdidas si la cosecha se pierde por completo (artículo 2748 CC).

En la A. en P. 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, ya que la propiedad sigue siendo del propietario, quien los ha entregado para su explotación o cuidado, y no puede ocurrir, como en aquella figura, que el asociante se ostente frente a terceros como propietario de los bienes de su contraparte (el asociado que equivale al dueño).⁹¹

No obstante la analogía que pudiera aparecer con otros contratos, la A. en P. es una figura típica y nominada, de naturaleza mercantil, que debido a su regulación incipiente hace necesaria una mayor reglamentación, no sólo por los abusos a los cuales puede llegarse mediante ella, como la evasión fiscal, sino porque si se trata de una participación, debe participarse en las pérdidas de la negociación, ya que precisamente se trata de hacer partícipe a otra persona en el resultado de operaciones mercantiles realizadas por una persona.

CONCLUSIONES

Podemos decir que la A. en P. es una figura que se ha desarrollado junto con el comercio; lo mismo la encontramos, aunque de manera incipiente, en Babilonia que en Francia con la Ordenanza de Boils de 1579 en donde se le conoció como *compte a demi* o *compte en participation*. En México también fue muy practicada, razón por la cual el legislador desde 1854 la reglamentó en el Código de Comercio de ese año.

La A. en P. es un contrato de colaboración por el cual una parte asociante concede a la otra (asociado o asociados), que le aporta bienes o servicios, una participación en las utilidades y en las pérdidas de una negociación mercantil o de una o varias operaciones de comercio; es decir, es un contrato de carácter bilateral en el sentido de que son dos las partes, independientemente de que quien aporte los bienes o servicios sea una o varias personas, puesto que éstas constituyen en todo

⁹¹ Así, Rotondi, Mario, *Istituzioni...* *op. cit.*, p. 493, quien considera a la aparcería, denominada en Italia *mezzadria* o *colonia parziaria* (art. 2141 CC), como un contrato de tipo locativo cuya estructura es asociativa; Cfr. Branca, Giuseppe; *op. cit.*, p. 424; Ruggiero, Roberto de, *Instituciones de derecho privado*, t. I y II, Madrid, Ed. Reus, 1944, p. 381.

caso el mismo centro de interés y en tal sentido constituyen una sola parte.

La A. en P. difiere sustancialmente de la asociación (sentido estricto) concebida por el derecho común; ésta tiene un contenido reducido y unitario, se trata de la reunión de dos o más personas, con carácter permanente, para la consecución de un fin común no lucrativo ni preponderadamente económico; aquélla, en cambio, puede ser de carácter transitorio o permanente y lucrativo o preponderantemente económico.

También se diferencia de la sociedad por cuanto que ésta, por lo menos en nuestro derecho, es una persona y como tal cuenta con sus atributos propios: patrimonio, nombre, nacionalidad y domicilio, es además sujeto de derecho; la A. en P. en cambio carece de tales atributos y tampoco es sujeto de derecho. Inclusive difiere de la sociedad oculta por cuanto que en ésta existe una gestión común y la intención de constituirse como socio, en tanto que en la A. en P. no existe el ejercicio en común de la actividad económica ni hay la *affectio societatis*.

La A. en P. es un negocio jurídico propio para quienes desean invertir en alguna actividad productiva y mantenerse en el anonimato (como asociados); para los que cuentan con poco capital o sin él, pero tienen su fuerza de trabajo y lo aportan para participar en las utilidades y pérdidas de una o varias operaciones de comercio; para el gran ejecutivo o empresario que cuenta con su prestigio y solvencia reconocidos y precisa de los servicios de otros o de su capital para poner en funcionamiento o acrecentar su empresa; en fin, para las altas combinaciones financieras en las cuales los grandes empresarios individuales o sociedades requieren este tipo de asociación para mantenerse o imponerse en el mercado.

Soyla H. LEÓN TOVAR