

Capítulo 2

La asociación en participación

2.1 Antecedentes históricos

De manera breve se mencionarán los antecedentes históricos de la figura de la asociación en participación, con el fin de ubicar debidamente su origen.

2.1.1 Edad Antigua

Incluso en Estados tan antiguos como Babilonia, se presume como probable, la existencia de una figura semejante a la actual asociación en participación, o por lo menos, a su forma primitiva. Babilonia, Estado que se basaba en los mandatos del Código de Hammurabi (mejor conocido por la Ley del Talión), al cual se le atribuyen ya, de manera amplia, la regulación de la contratación, el préstamo, el arrendamiento, la gestión de negocios, la compraventa, la comisión, entre otros. Mostraba en sus artículos 100 al 107 un contrato de tipo asociativo muy parecido a la sociedad en comandita, donde solamente se conocía un socio en las relaciones externas¹.

Aunque tal vez su origen se remonte al periodo Helenístico, debido a que en Grecia existieron numerosas sociedades y asociaciones y todas ellas se organizaban libremente como deseaban los fundadores. Gozando de la personalidad jurídica, pero ésta personalidad no resultaba de una disposición legal, sino de la voluntad de los socios y asociados, de manera que éstos podían crear una sociedad o asociación sin personalidad jurídica. El periodo Helenístico, comprende desde la muerte de Alejandro hasta la conversión de Grecia en provincia romana y, estuvo marcado por el triunfo de Grecia como fuente de filosofía e intelecto².

¹Quintana Adriano, Elvia Araceli: "Ciencia del derecho mercantil", Pp. 47.

²Sola de Cañizares, Felipe, citado por Álvarez Inesa, Rosalba: "La Asociación en Participación en el Derecho Positivo Mexicano", UNAM, 1993.

Por su parte el Imperio Romano, ya sea por su poderío militar o capacidad para construir caminos, que servirían como rutas comerciales, logró extender y ampliar el volumen de intercambios, gozando de prosperidad a través del comercio. Aunque se supone que los romanos veían con desprecio la actividad mercantil, Mantilla Molina aclara, que su desprecio no existía sino con relación al que se practicaba en pequeña escala.

Para Delangle y Poulle, citados por Álvarez Inesa, la asociación en participación era utilizada frecuentemente por los romanos, sin que se codificara, por ser considerada uso habitual de extranjeros y peregrinos. Como resultado, no fue incluida en el derecho civil romano, al no considerarse digna de pertenecer a su derecho común. En cambio Caroselli³ afirma: “Aún cuando se admitió la existencia con los romanos de una institución análoga a la participación, no se podrá concluir que las raíces de la forma moderna deban ser encontrados en lo moldes del derecho romano”. Continúa Caroselli...”con esto no se pretende excluir que la participación pudo configurarse también conforme al derecho romano, se pretende afirmar que las fuentes no ofrecen contratos como punto de apoyo para una segunda referencia”.

2.1.2 Edad Media

Como se vio antes, no es posible ubicar en el derecho romano, el origen de la asociación en participación. En cambio, la mayoría de los autores coinciden en que un contrato aparecido en la Alta Edad Media⁴, es el predecesor de la actual asociación en participación.

Según Carrillo la Edad Media o Medieval, es el periodo donde arrancan en forma más definida los elementos del Derecho Comercial Moderno, surgiendo los libros de los comerciantes, el envío de dinero de una plaza a otra a través de la letra de cambio, la sociedad en nombre colectivo o “compañía familiar”, para posteriormente nacer la sociedad comandita.

La Edad Media, fue un periodo que comprendió del siglo V al XV, a partir de la caída del Imperio Romano de occidente, a causa de las invasiones de los pueblos Bárbaros. Como consecuencia, se establecen los reinos llamados Romano-germánicos y

³ Citado por Álvarez Inesa, Rosalba: “La Asociación en Participación en el Derecho Positivo Mexicano”, UNAM, 1993.

⁴ Periodo de la historia europea que comprende desde la caída del Imperio Romano de occidente, hasta aproximadamente el año 1000, época de resurgimiento económico y cultural.

el régimen feudal. El Medioevo fue un periodo caracterizado por el decrecimiento del comercio, una producción totalmente agrícola con fines de satisfacer solamente al feudo, y como Tena menciona... “la anarquía más espantosa se enseñoreó de Europa”. Claramente se deduce que el escenario no era seguro para realizar actividades de comercio en forma regular.

Paradójicamente a lo anterior, el contrato medieval de la “commenda”, se presenta como el contrato predecesor de la actual asociación en participación, surgiendo por dos poderosas causas: una de tipo comercial puramente, acompañada de otra de carácter político-social. Joaquín Rodríguez⁵, menciona que la commenda surge inicialmente en el comercio marítimo, donde una persona (commendator) se interesa en los resultados de un viaje que un comerciante va a emprender, entregándole dinero o mercancías que pasan a la propiedad de aquél, quien contrata en nombre propio y dispone de las cosas como si fuesen suyas (tractator). Por lo tanto, al parecer su proliferación se debe al intenso comercio marítimo efectuado en el Mar Mediterráneo, gozando de gran importancia en las ciudades italianas, así como en la península Ibérica.

Siguiendo con la idea de Rodríguez, menciona que cuando la commenda pasa del comercio marítimo, al comercio terrestre, deja de referirse a efectuar un solo viaje, para hacerlo a una operación o una serie de operaciones mercantiles realizadas por el comerciante, en las que se interesan diferentes personas que, por razones de rango social, entre otras; no aparecían en las actividades y quedaban ocultas tras la pantalla que constituía el comerciante.

Por su parte, la Iglesia, como ha sido en la mayor parte de su historia, se manifestaba como una institución predominante. Y a partir de la desconfianza hacia la actividad mercantil, ponía trabas al desarrollo del comercio que vive del crédito, estorbándolo con su prohibición absoluta de estipular intereses. Los abusos causados a través del préstamo con interés (para ellos despreciable), hicieron pretender eliminar la usura, dictando disposiciones para reglamentar el préstamo con interés, fundado en que es inmoral percibir intereses en los préstamos⁶. Sin embargo, más adelante el préstamo

⁵ Mencionando que la Sociedad, en Comandita y la A en P, encuentran su origen en el mismo contrato de la commenda medieval.

⁶ Zamora Pierce, Jesús: “Derecho procesal mercantil”, Pp. 2.

con interés se justificaría, estableciendo que si el capital se encontraba sujeto a un determinado riesgo, era válido cobrar un interés por aquella causa⁷.

Además de la prohibición de la usura, Grandi⁸ afirma que la nobleza al considerar indigno de su clase social la dedicación a la actividad mercantil, se abstenía de hacerlo directamente, ideando la manera de invertir su dinero en actos de comercio y empresas. Reflejando su deseo de participar en las actividades de comercio, sin que apareciera su nombre en los libros de alguna sociedad, ni se supiera de donde provenían realmente los recursos, que eran objeto para la realización del negocio. Al parecer la unión de dinero de las clases privilegiadas, más el trabajo de otros, en este caso un comerciante ya sea por mar o tierra, movían el capital ocioso hacia actividades de provecho para hacer rendir la riqueza. La incursión en el comercio sin asumir ninguna responsabilidad y evitando el riesgo, por parte de los individuos con recursos disponibles, hacía de la commenda una eficaz herramienta de negocios.

En conclusión, podemos encontrar el nacimiento y proliferación de la commenda medieval en el intenso tráfico marítimo, así como en la incursión de las altas clases sociales en el comercio. Debido, a que las características del contrato permitían disminuir el riesgo, sin que su nombre o la procedencia de los recursos aparecieran en ningún lado, porque dicho contrato era un simple acuerdo de palabra.

⁷ Pirenne, Henri: "Historia económica social de la Edad Media", Pp. 16-17.

⁸ Citado por Álvarez Inesa, Rosalba: "La Asociación en Participación en el Derecho Positivo Mexicano", UNAM, 1993.

2.2 Antecedentes legislativos⁹

2.2.1 Código de Comercio español de 1829

Su denominación en el Código de Comercio español fue “sociedad accidental o cuentas en participación”, comprendida en el Título II referido a las compañías mercantiles en los artículos 354 al 358 pudiéndose contraer de forma escrita o verbal.

2.2.2 Código de Comercio mexicano de 1854

En el México independiente, el Código de Comercio mexicano la reglamentó por primera vez en los artículos 265, 266 y 267, sirviéndole de inspiración el Código de Comercio español, e introdujo una disposición nueva que perdura hasta la vigente LGSM, sobre la gestión única del administrador, estableciendo que la responsabilidad es exclusiva del comerciante que la dirige particularmente en su nombre.

2.2.3 Código italiano de 1882

El Código italiano de 1882 la incluyó en sus artículos 233 al 238, cabe resaltar que en el artículo 234 permitía que no fueran comerciantes quienes llevaran a cabo las operaciones mercantiles, y que en nuestra ley no se prevé, pero resulta permitido debido a que la legislación mexicana adopta un sistema objetivo, basado en los actos, y no en los sujetos; mencionando que una persona concede a otra que le aporta, sin hacer distinción de personas físicas o morales, comerciantes o no comerciantes.

2.2.4 Código de Comercio mexicano de 1884

Comprendía a la asociación en participación en su Capítulo XI, en el Título referente a las compañías de comercio. Su artículo 357 la consideró como sociedad momentánea usando términos similares al actual artículo 252 de la LGSM: “para hacer una o varias operaciones comerciales”, y permitía que la A en P fuera un acuerdo meramente verbal.

⁹ Barrera Graf, Jorge: “Instituciones de Derecho Mercantil”, Pp. 234-236.

2.2.5 Código de Comercio francés

Apareciendo en los artículos 47 al 50 del Código de Comercio francés, fue modificada en 1921, adicionándola a las tres especies de sociedades hasta entonces reconocidas: Sociedad en Nombre Colectivo (S. en N.C.), Sociedad en Comandita (S. en C.), y Sociedad Anónima (S.A.). Además en el artículo 44, admitió su carácter de sociedad oculta, no sujeta a formalidades, ni personalidad moral.

2.2.6 Código de Comercio mexicano de 1890

El Código de Comercio mexicano de 1890¹⁰ fue el anterior a la vigente LGSM. Dicho Código definió a las “asociaciones” en los artículos 268 al 271, regulando a la asociación comercial, como una asociación momentánea y a la vez, oculta. No obstante que recogía las dos soluciones tradicionales, para Barrera Graf su definición era muy pobre y deficiente.

2.2.7 Ley General de Sociedades Mercantiles

En el año de 1934 se publicó en el Diario Oficial de la Federación, un decreto que facultaba al Poder Ejecutivo Federal para expedir un nuevo Código de Comercio y sus leyes especiales. Es así, que el 4 de agosto de 1934 se publica la Ley General de Sociedades Mercantiles, derogando el Título II, Libro II del Código de Comercio de 1889. Dicha ley ha fusionado en un solo tipo las dos soluciones o sistemas adoptados por el Código (definición del artículo 252 LGSM), incluyéndola en su Capítulo XIII¹¹.

Con lo anterior, se puede conocer que para México la figura de la asociación en participación tiene su origen en el derecho español, en el contrato denominado de cuentas en participación o sociedad accidental. También se da a entender que el Código de Comercio regula de forma general la actividad mercantil, y que a través del tiempo ha sufrido el desprendimiento de leyes complementarias o también llamadas leyes especiales, como lo es la Ley General de Sociedades Mercantiles.

¹⁰ Se promulgó en 1889, entrando en vigor en 1890.

¹¹ Mantilla Molina, Roberto: “Derecho mercantil”, Pp. 195.

2.3 Los contratos en general

Se ha dicho antes que un contrato medieval es el antecedente más aceptado de la actual asociación en participación por los distintos autores. Por lo que a continuación se busca, a grandes rasgos, definir lo que es un contrato (enfocado a los mercantiles), sus elementos y principales clasificaciones.

“La preocupación por definir el contrato es constante en la mayoría de los autores. Cada uno refleja, en la definición que propone, la idea de considerarlo a su manera, de lo que resulta una disparidad de conceptos realmente abrumadora”¹². Por lo que al parecer, no es posible dar un concepto de contrato con validez universal, debido a los distintos contextos en los que se desenvuelven los autores (país, época, costumbres, etc...).

Según la Real Academia Española un contrato es: “Un pacto o convenio oral o escrito entre partes que se obligan sobre una materia o cosa determinada”. Al parecer la palabra de honor entre las personas se desgastó, como era natural, no por eso deteniendo las relaciones sociales, que incluían a las actividades económicas.

En la legislación mexicana, el Código Civil Federal define al convenio, como un acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones (artículo 1792). Continuando en el artículo 1793 menciona: “Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos, toman el nombre de contratos”.

Sin menospreciar lo anterior, un contrato constará de cinco elementos básicos que contestan a preguntas como: ¿Quién?, ¿Qué?, ¿Dónde?, ¿Cuándo? y ¿Cuánto? Dichos elementos indican a los participantes, en que consiste el acuerdo, la región en donde se realizarán las actividades, la fecha de inicio y fin de las operaciones; los resultados esperados del acuerdo en términos cuantitativos o cualitativos. Con estas preguntas se puede conocer a los participantes, los actos que se pueden hacer y no hacer, la duración de las actividades y la manera de finalizar la relación contractual.

¹² De Buen Lozano, Néstor “La decadencia del contrato”, Pp. 204

2.3.1 Distinción entre los contratos civiles y mercantiles

En México el artículo 73, fracción X de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, faculta al Congreso de la Unión para legislar en materia mercantil, teniendo carácter federal. En cambio las legislaturas de las distintas entidades federativas tienen facultad para legislar en materia civil, refiriéndose al derecho común de los ciudadanos. Como resultado se crean por aparte, el Código Civil y el Código de Comercio con sus leyes complementarias¹³. El Código de Comercio, en su artículo primero, establece que sus disposiciones son aplicables a los actos de comercio¹⁴ y, en el segundo, señala que a falta de disposiciones de este Código de Comercio, serán aplicables a los actos de comercio las de derecho común.

2.3.2 Los contratos mercantiles en general

A continuación se muestra la definición de contrato mercantil, sus elementos y sus principales clasificaciones según Ignacio Quevedo.

“Los contratos mercantiles son los convenios (acuerdos de voluntades) que producen o transfieren obligaciones y derechos de naturaleza mercantil”.

Sus elementos son:

- a) El consentimiento
- b) El objeto
- c) La formalidad.

El consentimiento o aceptación, es el elemento esencial de todo contrato, que se refiere al acuerdo de voluntades. En caso de que se presente error, dolo, violencia física o moral e incapacidad de alguna parte, se tendrá al contrato como viciado; por lo tanto el contrato se anulará.

El objeto, es la obligación y su esencia es la prestación o beneficio, que puede consistir en obligaciones de dar, hacer y no hacer.

¹³ A diferencia de otras legislaciones que fusionan lo civil y lo mercantil (Suiza, Italia, EU, entre otros).

¹⁴ El artículo 75 del Código de Comercio enumera los actos de comercio

El elemento formal, se refiere al contrato que por disposición legal deba constar por escrito y/o hacerse manifestarse en escritura pública.

Referente a lo anterior, cabe resaltar que todo contrato se perfecciona cuando la otra parte acepta la propuesta que ha sido ofrecida. Pasando por tres etapas, que son propuesta, aceptación y perfeccionamiento. Existen contratos en los que es necesario que consten por escrito o que se manifiesten ante escritura pública, por lo tanto la aceptación no es suficiente para su perfeccionamiento.

2.3.3 Clasificación de los contratos mercantiles

Se clasifican en:

- a) Unilaterales y bilaterales
- b) Onerosos y gratuitos
- c) Conmutativos y aleatorios
- d) Reales y consensuales
- e) Formales y solemnes
- f) Principales y accesorios
- g) Instantáneos y de tracto sucesivo

Un contrato unilateral, es el acuerdo de voluntades que genera solamente obligaciones para una parte y derechos para la otra (ej. el depósito bancario de dinero). Por otro lado, el bilateral se define como el acuerdo de voluntades que da nacimiento a derechos y obligaciones para ambas partes (ej. la compra-venta, permuta, arrendamiento).

Otro grupo se refiere a los contratos onerosos y gratuitos. Los primeros, proporcionan beneficios y gravámenes recíprocos (ej. la compra-venta, que es la entrega de una cosa a cambio del pago de un precio pactado, recibiendo dicha cantidad y a cambio entregando de la cosa). Los segundos, asignan beneficios solamente para una de las partes y los gravámenes para la otra (ej. la donación).

Por su parte, los contratos aleatorios se producen cuando los provechos y gravámenes dependen de una condición, término o acontecimiento incierto, de tal manera que no se pueda determinar la cuantía de las prestaciones en forma exacta, sino

hasta que se realice la condición a término (ej. contrato de renta vitalicia). Opuestamente, los contratos conmutativos son ciertos desde la celebración del contrato, pudiendo apreciar inmediatamente el beneficio o la pérdida que este les causa.

Los contratos reales son aquellos que se realizan por la entrega de la cosa (ej. el reparto). En cambio el consensual, en oposición al real, basta con el consentimiento para que se perfeccione, sin necesitar la entrega de la cosa (ej. la compra-venta).

Los formales o solemnes son aquellos donde el consentimiento debe manifestarse por escrito, como un requisito de validez, es decir requieren determinada forma externa por disposición de la ley, sin la cual el consentimiento no tiene eficacia (ej. el contrato de sociedad mercantil). También puede decirse que el contrato formal o solemne es aquel en el que la firma es un elemento esencial del contrato, por lo que si no se da, el contrato no existe (ej. compra-venta de inmuebles). Cabe mencionar nuevamente a los contratos consensuales, debido a que se contraponen de igual manera a los reales, siendo aquellos que para su validez no requieren que el consentimiento se manifieste por escrito, pudiendo ser verbal, tácito o derivación del lenguaje mímico.

Otra categoría es la de los contratos principales y accesorios. Se entiende como principal al que existe por sí mismo sin necesidad de otro contrato previamente celebrado. Mientras, el accesorio o también llamado de garantía depende de la existencia de uno principal, generalmente para garantizar el cumplimiento de una obligación que se considera principal (ej. el contrato de fianza).

Por otro lado, el contrato instantáneo es el que se cumple en el mismo momento en que se celebra, así el cumplimiento de las obligaciones, (pago de las prestaciones) se lleva en el mismo acto por ambas partes, tratándose de una operación al contado (ej. la compra-venta al contado y permuta). Contrariamente, el de tracto sucesivo es aquel en el que el cumplimiento de las prestaciones se obliga en un período determinado (periódicamente), en el cumplimiento de la obligación continuada (ej. por un pago periódico se tiene el uso y disfrute de la cosa por un periodo determinado, como en el arrendamiento).

De las anteriores categorías ya descritas brevemente, faltaría añadir las categorías de los contratos nominados e innominados y la de los preparatorios y definitivos. Entendiendo a los contratos nominados o típicos, como los que están instituidos en las leyes, encontrando sus consecuencias en el Código de Comercio o en otros cuerpos legales. Los innominados o atípicos no están instituidos en la ley, las partes los diseñan originalmente para satisfacer sus intereses y necesidades particulares. Como resultado tienen sus bases en las normas del contrato nominado con mayor similitud. Dicho supuesto aplica con el contrato de Joint Venture Partnership, que es un contrato innominado ya que no se encuentra instituido en la legislación mexicana, sin embargo encuentra en la asociación en participación una figura asociativa similar.

Por otro lado, el contrato preparatorio es aquel por el cual las partes estipulan que en el futuro celebrarán un contrato, prometiendo celebrar un contrato definitivo.

2.4 La figura mercantil de la A en P

2.4.1 Definición

La asociación en participación puede encontrar las siguientes definiciones:

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

Artículo 252 (LGSM)

“Se entenderá por asociación en participación al conjunto de personas que realicen actividades empresariales con motivo de la celebración de un convenio y siempre que las mismas, por disposición legal o del propio convenio, participen de las utilidades o de las pérdidas, derivadas de dicha actividad”.

Artículo 17-B (CFF)

“La asociación en participación es un contrato celebrado entre dos o más individuos o entidades por tiempo determinado o indeterminado, para llevar a cabo uno o varios negocios a nombre propio del socio gerente, que hace suyos los aportes de los participantes, a quienes tiene obligación de rendir cuentas de su derecho de crédito, y entregarles lo que les corresponda; y los terceros que contratan con este socio, no tienen ninguna acción jurídica en contra de los participantes”.

Amparo administrativo en revisión 7569/38. "Salineros del Sureste", A. en P. 21 de enero de 1939. Unanimidad de cuatro votos.

(SCJN)

Una definición de conformidad con la Serie NIF A (Marco conceptual) puede ser:

“La asociación en participación es una entidad económica, reconocida como una unidad identificable, constituida por combinaciones de recursos humanos, materiales y financieros, encaminados a realizar actividades con fines lucrativos”.

Postulado de entidad económica (NIF A-2)

2.4.2 Aspectos mercantiles por considerar

De las definiciones mencionadas es necesario resaltar... *“participación en las utilidades y en las pérdidas de una negociación mercantil o de una o varias operaciones de comercio”*, por lo que confirma su carácter mercantil. Adicionalmente, se requiere conocer quienes tienen el carácter de comerciantes para la Ley:

- I. Las persona que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, hacen de él su ocupación ordinaria;*
- II. Las sociedades constituidas con arreglo a las leyes mercantiles;*
- III. Las sociedades extranjeras o las agencias y sucursales de estas, que dentro del territorio nacional ejerzan actos de comercio.*

Artículo 3 (Código de Comercio)

Es así que el comercio puede ejercerse de manera individual por las personas físicas que tengan como ocupación ordinaria la actividad del comercio, y de manera colectiva, por las sociedades mercantiles constituidas de acuerdo a las leyes mexicanas.

La Ley General de Sociedades Mercantiles establece que cuando se tenga la voluntad de realizar el comercio adoptando la figura de una sociedad mercantil, se deben de

cubrir requisitos de forma y de fondo¹⁵, para poder tener el carácter de mercantil y poder constituirse (nacer como persona). La misma Ley en su artículo primero, establece los tipos de sociedad que pueden adoptarse para incurrir en el comercio (sin mencionar a la asociación en participación). Por lo tanto, se transcribe lo siguiente:

Esta Ley reconoce las siguientes especies de sociedades mercantiles:

- I. Sociedad en nombre colectivo;*
- II. Sociedad en comandita simple;*
- III. Sociedad de responsabilidad limitada;*
- IV. Sociedad anónima;*
- V. Sociedad en comandita por acciones, y*
- VI. Sociedad cooperativa.*

Cualquiera de las sociedades a que se refieren las fracciones I a V de este artículo podrá constituirse como sociedad de capital variable, observándose entonces las disposiciones del Capítulo VIII de esta Ley.

En adición, la LGSM menciona en su artículo segundo, que las ya mencionadas sociedades, tienen personalidad jurídica propia, siendo consideradas miembros participantes de la sociedad; como personas independientes y perfectamente diferenciadas de sus socios o tenedores de interés. Como resultado gozan de los atributos de la personalidad como son:

- Nombre
- Domicilio
- Nacionalidad
- Capacidad propia
- Patrimonio propio

¹⁵ Estar inscritas en el Registro Público de Comercio, constituirse ante notario, obtener permiso de la Secretaría de Relaciones Exteriores, etc.

Cabe resaltar que además de buscar el lucro, quienes constituyen una sociedad mercantil, buscan separar su patrimonio personal, del social (disminuyendo el grado de responsabilidad frente a las obligaciones sociales). Así protegiendo su patrimonio personal, de los acreedores del ente creado por ficción de la Ley. Pero en la LGSM, aún existen sociedades, en las que los socios responden con todo su patrimonio respecto de las obligaciones sociales, tal es el caso de la Sociedad en Nombre Colectivo (S. en N.C.), la Sociedad en Comandita simple (S. en C.) y la Sociedad en Comandita por Acciones (S. en C. por A.)¹⁶. Es así que la mayoría, sino es que todos los autores coinciden en que dichas sociedades sólo tienen vida en la LGSM, pues son calificadas en desuso, desapareciendo de la vida de los negocios. Lo anterior es importante, debido a que la A en P, como figura afín de las sociedades, presenta características similares a este tipo de sociedades, en medida que el asociante responde con su patrimonio, respecto de las obligaciones de la A en P.

2.4.3 Marco legal

Como se sabe, las disposiciones del Código de Comercio son aplicables de manera general a la asociación en participación, mientras sus normas específicas aplicables, se encuentran en el Capítulo XIII, artículos 252 al 259 de la Ley General de Sociedades Mercantiles:

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

Artículo 253. La asociación en participación no tiene personalidad jurídica ni razón social o denominación.

Artículo 254. El contrato de asociación en participación debe constar por escrito y no estará sujeto a registro.

¹⁶ En las S. en C. y en las S en C. por A. los socios comanditados responden con su patrimonio de las obligaciones sociales de manera subsidiaria, solidaria e ilimitada, y los comanditarios que sólo responden por el valor de sus aportaciones.

Artículo 255. En los contratos de asociación en participación se fijarán los términos, proporciones de interés y demás condiciones en que deban realizarse.

Artículo 256. El asociante obra en nombre propio y no habrá relación jurídica entre los terceros y los asociados.

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

Artículo 258. Salvo pacto en contrario, para la distribución de las utilidades y de las pérdidas, se observará lo dispuesto en el artículo 16. Las pérdidas que correspondan a los asociados no podrán ser superiores al valor de su aportación.

Artículo 259. Las asociaciones en participación funcionan, se disuelven y liquidan, a falta de estipulaciones especiales, por las reglas establecidas para las sociedades en nombre colectivo, en cuanto no pugnen con las disposiciones de este capítulo.

2.4.4 Las dos soluciones de la asociación en participación

A partir de la definición del artículo 252 Mantilla Molina explica los dos sistemas propuestos para caracterizar a la asociación en participación, que son la sociedad oculta y la sociedad momentánea:

“Sociedad Momentánea: Es decir, sociedad constituida para la celebración de un solo acto jurídico o de un número determinado de actos jurídicos, realizados los cuales, desaparece la asociación que al efecto se constituyó.

Asociación o Sociedad Oculta: Es decir, asociación o sociedad constituida para un número indeterminado de actos comerciales; pero que no se revela como tal sociedad a los terceros; que permanece como un simple pacto, válido entre los socios, inaplicable frente a terceros, porque se supone que ellos no lo conocen”.

2.4.5 Partes del contrato

A partir de la definición pueden establecerse las partes del contrato, encontrando que las partes son dos: una parte que concede y otra que aporta. Sin embargo, en la definición del 252 no se mencionan los nombres de las partes, sino hasta el 256 de la misma LGSM. Por una parte, la persona que concede, se denomina “asociante” y puede ser una persona física o moral, conservando siempre un carácter singular. Mientras que la parte que aporta (asociado), pueden ser una o más personas, sin establecer el límite, ni el tipo de persona. Por lo tanto, no existe limitación para las posibles composiciones de la asociación, pudiendo ser todas personas físicas o todas personas morales o la combinación de ambas al celebrar el contrato. Por lo anterior, es un contrato bilateral debido que intervienen dos partes en la relación, por un lado el asociante y por el otro el asociado o los asociados, y que en dicha relación se producen derechos y obligaciones para ambas partes.

2.4.6 Fin común

Es la característica esencial de la asociación en participación, siendo la realización de una o varias negociaciones, concediendo una participación de las utilidades y pérdidas generadas en la negociación u operación de comercio. Además, el fin común con ánimo de lucro, es la única característica que comparte con las sociedades mercantiles (su carácter asociativo).

2.4.7 Efecto del contrato entre las partes

El asociante se presenta como un comerciante individual, al obrar en nombre propio, sin que exista relación jurídica alguna entre los asociados y los terceros (256). Como resultado, una de las partes será responsable ilimitadamente (asociante), y la otra será responsable hasta por el monto de sus aportaciones (asociados), como sucede en las sociedades mixtas, como la comandita (socios comanditados - comanditarios).

También al adquirir los bienes de los asociados como propios, pueden confundirse con el patrimonio propio del asociante (Díaz Bravo).

Igualmente, el asociante está capacitado para otorgar al asociado cierta representación para que obre a su nombre; no a nombre del asociado, ni de la A en P: que no tiene personalidad (253 LGSM). Es permitido que el asociante designe al asociado como director o gerente general de su empresa, o le otorgue poderes generales o para ciertos actos, y esto mismo puede ocurrir cuando la A en P sólo se refiera a una operación de comercio. Se aclara que el asociado actúa como representante del asociante y siempre debe obrar a nombre del asociante.

En cuanto al órgano de vigilancia, que como tal no existe en la A en P, es posible que el asociado pueda nombrar un interventor que vigile los actos del asociante.

2.4.8 Derechos del asociado

En general los derechos del asociado son:

- Derecho al reembolso.
- Derecho a conservar la propiedad de los bienes aportados.
- Derecho a los daños y perjuicios a su favor, en caso de incumplimiento del asociante.
- Derecho de exigir que la aportación sea utilizada para los fines de la asociación
- Derecho de participar en las utilidades o pérdidas, siendo un elemento esencial que se debe fijar en el contrato (255). Si el contrato no menciona nada referente a lo anterior, se aplican las reglas del artículo 16 LGSM, además respecto de las pérdidas se fija un límite en donde no podrán ser superiores al monto de su aportación (258).
- Derecho a examinar el estado de la administración y de la contabilidad y papeles de la asociación haciendo las reclamaciones que le sean convenientes.
- Derecho de nombrar un interventor que vigile los actos que el asociante celebre en relación con las aportaciones.

Algo muy importante a señalar es que si se aporta un bien inmueble, no por el hecho de que se ceda la propiedad para efectos del contrato, será propiedad del asociante. En cambio, se tendría que asistir al Registro Público de la Propiedad.

2.4.9 Obligaciones del asociante

Las obligaciones del asociante están correlacionadas con los derechos del asociado (vínculos recíprocos entre las partes), las cuales son:

- Actuar en nombre propio, respetando el derecho de carácter oculto que goza su contraparte.
- En consecuencia de que el asociante es el administrador de la A en P, debe de actuar en interés común, rindiendo cuentas al asociado.
- Asumir las responsabilidades en el desarrollo de la actividad objeto de la A en P.
- Hacer partícipe al asociado de las utilidades y de las pérdidas.
- Salvo disposición contraria en el contrato, reembolsar o reintegrar al asociado los bienes o derechos que aporte, según la naturaleza y el alcance de la aportación hecha.
- Permitir al interventor designado por el asociado, el examen de los actos de administración, de los papeles, libros y documentos de contabilidad que lleva el asociante.
- Está obligado a dar a la cosa o al bien aportado, el destino adecuado, de tal manera que la operación se ejecute y se cumpla debidamente, sin modificar su finalidad, salvo que se obtenga el consentimiento del asociado.

2.4.10 Aportaciones

Las aportaciones son los medios para cumplir con el fin del contrato, que trae como consecuencia, la repartición de las utilidades y pérdidas.

Se puede aportar capital, maquinaria, servicios tales como experiencia, conocimiento de mercado, relaciones de negocios, etc. El asociante puede realizar aportaciones o simplemente poner su industria al servicio de la asociación, es decir, tiene la naturaleza semejante a un socio capitalista o industrial, según se trate. De igual manera, los asociados pueden tener la naturaleza semejante a la de socios capitalistas o industriales, ya que se permite la aportación de servicios y no sólo de bienes. Se entiende, por socio capitalista, a aquél que aporta dinero u otros bienes a la asociación, mientras que el industrial aporta su industria, su esfuerzo o dicho de una manera más acertada sus servicios. Los servicios pueden aportarse mientras no se presten con las

características de un contrato de trabajo, como la subordinación (*Amparo Directo en materia de trabajo 5331/44.Ramirez Justo y coagraviado, 16 de marzo de 1945.Unanimidad de 5 votos*).

Se presume que los bienes entregados en propiedad al asociante, le pertenecen a menos que por la naturaleza de los bienes (inmuebles) de alguna formalidad especial (transmisión de la propiedad).

2.4.11 Formalidad de la A en P

No es suficiente que el contrato tenga un consentimiento verbal, como exigencia de validez y requisito de existencia debe constar por escrito sin estar sujeto a registro en el RPC. Debido a que no se tiene un acta constitutiva, todo lo estipulado en el contrato, será de gran importancia. Por lo que autores como Graf y Díaz Bravo recomiendan que sea suficientemente amplio, de tal forma que establezca claramente los derechos u obligaciones de sus integrantes; condiciones de gran importancia por las consecuencias fiscales, laborales, etc.

Aunque se mencionó que no es suficiente el consentimiento verbal, un criterio jurisprudencial considera que el requisito de constar por escrito no es esencial para su existencia, sino un medio de prueba, por lo que sería válido el pacto verbal (*Amparo Directo 2957/57, José Salas Bretado, BJ, 1957, p.30*).

2.4.12 Carácter oculto

Un criterio jurisprudencial acerca del carácter oculto de la asociación en participación menciona que se trata de una sociedad oculta, cuya asociación se constituye por un indeterminado número de actos comerciales, válido entre los socios únicamente y que no se revela como tal frente a terceros; en la que sus características son las siguientes:

- No tiene personalidad jurídica
- No tiene patrimonio
- No tiene razón social
- No tiene domicilio

- No tiene nacionalidad
- No requiere inscripción en el Registro Público de Comercio
- No requiere permiso de la Secretaría de Relaciones Exteriores

Sexta Epoca, Tercera Sala, Semanario Judicial de la Federación, Cuarta Parte, LVII, p.82.

Se entiende que el asociado no figura, ni tiene relación o responsabilidad alguna frente a los terceros que contratarán con el asociante. Si los terceros llegaran a conocer la existencia de la A en P, su naturaleza y el carácter del negocio oculto prevalecería (si el asociante obra en nombre propio, sin usar nombre ni razón social, admitiendo o reconociendo la existencia de la A en P, ello no afectaría su carácter oculto).

La exigencia del 256 de obrar en nombre propio, implica para el asociante obrar por cuenta propia como dueño del negocio, pero también que obre por cuenta del asociado, respetando los derechos estipulados en el contrato.

2.4.13 Disolución y liquidación

El artículo 259 establece que a falta de estipulaciones especiales en el mismo contrato, las A en P funcionan, se disuelven y liquidan según las reglas establecidas para las Sociedades en Nombre Colectivo (aunque se asemeje más a la S. en C), en cuanto no pugnen con las disposiciones del Capítulo XIII. Debido a su carácter oculto, la A en P estrictamente, no funciona, ni puede funcionar como una sociedad, ya que no es un contrato de sociedad, ni hay una persona moral distinta, ni aportación para la A en P formando un patrimonio propio separado de los socios.

Entonces, habrá reglas de liquidación de sociedades, que no aplican a la A en P, debido a que es una asociación más simple.

Por lo tanto, no es necesario el nombramiento de un liquidador, debido a que no se forma un patrimonio común para realizar. Se puede decir que es, simplemente una rendición de cuentas por parte del asociante.

Como resultado, la A en P se disuelve de la siguiente manera:

- Por expiración del término fijado en el contrato.
- Por consumarse el objeto principal de la asociación.
- Por imposibilidad de seguir realizando el objeto principal de la asociación.
- Por acuerdo de los asociados tomado de conformidad con el contrato y con la Ley.
- Por muerte, incapacidad, exclusión o retiro de uno de los socios.

En caso de la muerte de un asociado, la A en P solamente podrá continuar con los herederos, cuando estos manifiesten su consentimiento. La liquidación se practicará con arreglo a las estipulaciones relativas del contrato o a la resolución que tomen los asociados al acordarse o reconocerse la disolución. Por su parte el artículo 258 establece que salvo pacto en contrario, en el contrato se observará lo dispuesto en el artículo 16 de la LGSM.

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

Artículo 16 (LGSM)

Además las pérdidas de los asociados no podrán ser superiores al valor de su aportación (258).

3.5 Comparación entre la A en P y las sociedades mercantiles

En ambos casos se trata de un contrato cuyas partes obran con una finalidad común, que es la obtención de utilidades en la ejecución de una o varias operaciones mercantiles. Se comprende que la A en P puede ser definido como un negocio asociativo, aunque el asociante es el único que figura para el exterior. A continuación se mencionan algunos comentarios a sus semejanzas y diferencias:

- a) La A en P no constituye una persona moral distinta e independiente de la de sus miembros, en cambio las sociedades, al constituirse crean un ente jurídico ficticio, persona diferente de los socios, que realmente no existe pero que “nace” porque la Ley dispone. Con lo anterior claramente se puede que el propósito de la A en P, es realizar actividades empresariales sin constituir una persona moral.
- b) Al carecer de personalidad jurídica, no tiene razón social o denominación, que son atributos de la persona moral, además el asociante al obrar en nombre propio y que no haya relación jurídica entre los terceros y los asociados, da a entender que no existe un elemento de organización, como pasa en las sociedades.

Aunque para Mantilla Molina, en realidad la personalidad moral es un carácter secundario, al extremo de que la sociedad en Roma existía sin personalidad moral y de que aún en nuestros días en el derecho germánico hay tipos de sociedades que carecen de ella; tampoco la tienen en Italia, conforme al Código Civil de 1942, la sociedad simple, la colectiva y la comandita; lo mismo sucede en las sociedades inglesas del tipo denominado Joint Venture Partnership.

En adición, para Normas de Información Financiera, entidad económica, en este caso la A en P, se presume como una unidad identificable, con personalidad independiente de la de sus integrantes, por lo que sólo deben incluirse en la información financiera los activos, pasivos y capital contable de éste ente económico independiente. En conclusión, la contabilidad de una A en P, debe de llevarse por separado a otras actividades que realicen sus integrantes, ya que constituye una modalidad de sus operaciones (es algo más).

- c) La A en P carece de un patrimonio común, ya que los bienes o derechos que el asociado aporta ingresan al patrimonio del asociante, e incluso pueden confundirse (Díaz Bravo). Además por su carácter oculto, conociendo ya que el asociante obra en nombre propio, podría caer en sociedad irregular al demostrar hacia el exterior una razón social o denominación, debido a que no se hubiera constituido como marca la ley (en escritura pública, ni inscrito en el RPC), caso en que los socios, en éste caso los asociados y asociante responderán subsidiaria,

solidaria e ilimitadamente (Como socio en nombre colectivo o socio comanditado).

- d) Respecto al propósito de las aportaciones, en la A en P, tomando en cuenta el periodo de inversión (largo, mediano o corto plazo), puede ser que en la A en P, lo primero que se busca es la recuperación de sus aportaciones, en medida conforme vaya desarrollándose el negocio. Para posteriormente, en caso de que haya utilidades, distribuirlas. En este supuesto, se maneja una A en P, para determinadas operaciones o actos de comercio (visión cortoplacista). En cambio, las sociedades generalmente requieren que el flujo residual de sus actividades sea reinvertido en si mismas, debido a que es necesario dicho flujo para poder crecer y subsistir (claro que también sus utilidades se distribuyen).
- e) La A en P carece de órganos de vigilancia, de asamblea de socios y de asamblea de administradores, como consecuencia de la falta de personalidad y de la ausencia de cualquier organización interna. Solamente es el asociante el que figura como único dueño responsable de las actividades de la empresa, recibiendo las aportaciones estipuladas por la parte asociada que permanece oculta.
- f) Estableciendo que la asociación en participación es una figura muy parecida a las sociedades mercantiles. Es válido tener en cuenta que comparte elementos personales y capitalistas al mismo tiempo. Siendo una asociación de tipo mixto, encuentra semejanza con la Sociedad en Comandita, debido a que una de sus partes en este acuerdo bilateral, responde con todo su patrimonio respecto de las obligaciones sociales. Adicionalmente, las opiniones están encontradas, respecto al origen de la comandita, si es que proviene de la sociedad en nombre colectivo o de la commenda medieval (con sus disputas de rigor). Encontrando en la segunda opción, el mismo origen que la figura de la asociación en participación. Sin menospreciar al origen de la comandita, se puede decir que la comandita y la A en P pueden tener diferencias meramente formales, como puede ser que la comandita al constituirse, se vuelve un empresario con personalidad propia, gozando de los atributos de la personalidad (nombre y patrimonio propio). En

cambio en la A en P, la calidad de empresario la tiene el asociante sin adquirir un nombre, ni patrimonio propios. Además la responsabilidad recae única y exclusivamente en el asociante, y los terceros se supone que sólo tienen conocimiento de su negocio como individual y de su propiedad.

Siguiendo la última idea, y suponiendo que se tiene por objetivo proponer que la asociación en participación sea reconocida por la LGSM como sociedad mercantil. Tendría que cumplir con todos los requisitos que establece la misma Ley mercantil, perdiendo los atributos que la hacen única y, al parecer seguiría los pasos de las sociedades en nombre colectivo y en comandita simple, que como ya se menciono están en desuso y tienen vida sólo en la LGSM. Por lo mencionado, me atrevo a inferir...

“La A en P ¿en D?”, donde la “D”, de ninguna manera podría referirse a su desaparición, debido a que tal premisa no puede afirmarse, sino podría deducirse que la A en P ha caído simplemente en desuso.