

De la Asociación en participación en la Ley de Sociedades Mercantiles

por *Ulises Montoya Manfredi*

Antecedentes históricos.—Es probable que las cuentas en participación hayan existido siempre como un tipo de sociedad, al lado de la común o primitiva.

Lo que parece indiscutible es que el origen del contrato sea el pacto de "commenda", del cual derivaron tanto la sociedad comanditaria, en la que el socio capitalista se revela al exterior como partícipe del negocio, como la asociación en participación en la que el capitalista permanece oculto para los terceros, sin responsabilidad, por tanto, frente a ellos. No hay firma social, el negocio se muestra externamente como un negocio industrial del comerciante; es una compañía secreta (Garrigues, Tratado, T. I; pág. 577).

La asociación en participación nace como figura jurídica cuando se reconoce a la sociedad como persona jurídica. Mientras la sociedad fue considerada como simple contrato no había diferencia sustancial entre ambas categorías jurídicas. El Código de Comercio francés las consideró al lado de las sociedades comerciales y siguiéndose ese modelo pasaron a la legislación comercial de los demás países europeos y americanos.

El Código de Comercio peruano las consideró en la Sección Segun-

da del Libro II, a continuación del contrato de sociedad, con el nombre de Cuentas en Participación.

La ley de Sociedades Comerciales, también se ocupa de ellas en los Arts. 351º al 359º, reemplazando el antiguo nombre de Cuentas en Participación con que las distinguía el Código de Comercio.

Concepto.—El Art. 351º contiene las notas que caracterizan a las Asociaciones en Participación. Es éste un contrato en virtud del cual una persona denominada asociante conviene con otra llamada asociado para participar en la proporción que ambos acuerden a las utilidades o en las pérdidas de una empresa o de uno o varios negocios del asociante.

Como puede apreciarse, se trata de una forma asociativa que persigue una finalidad semejante a la de la sociedad, pero que no puede confundirse con ésta.

Tiene en común con la sociedad el propósito de obtener beneficios que animan a quienes la forman, lo que ha llevado a algunos autores como Ripert, a expresar que es impropio denominarlas como asociaciones. Pero, como no reúne los elementos mínimos indispensables de la sociedad, sería igualmente im-

propio asignarles esta denominación.

Las notas esenciales de la asociación en participación que la configuran y las diferencian de las sociedades son:

- a) no se revela a los terceros, es un pacto oculto entre los asociados;
- b) no está sujeta a formalidades de publicidad;
- c) el asociado contrata con los terceros en nombre personal;
- d) no constituye una persona jurídica;
- e) falta el "ius fraternitatis", propio de la sociedad, por no existir entre los contratantes verdadera colaboración personal;
- f) la colaboración económica o capitalista no da lugar a la formación de un fondo patrimonial común;
- g) falta una razón comercial común, pues el negocio continúa perteneciendo al gestor.

De otro lado, la asociación en participación difiere de otras figuras jurídicas con las que también podría confundirse. Así, con el contrato de trabajo con participación en los beneficios, en que en éste el empleado u obrero partícipe en dichos beneficios no se convierte en socio, se encuentra en una relación de subordinación o dependencia; y si bien en el caso de los gerentes con participación en los beneficios podría suscitarse alguna duda, habrá que considerar entonces la nota de la participación en las pérdidas.

Del préstamo con participación en los beneficios se distingue en que el prestamista, como acreedor que es, no participa en las pérdidas. Normalmente no ejerce ningún control sobre el empleo del capital prestado ni sobre la obtención de los beneficios.

De los contratos de mandato y comisión, en los que puede haber participación en favor del mandatario o del comisionista, en que falta la intención de asociarse.

En general, el elemento afectivo, la "affectio societatis" y el "ius fraternitatis", imprimen su verdadero carácter al consentimiento que determina la existencia del contrato de asociación en participación.

La existencia del elemento afectivo y el carácter personal del contrato origina que sin el consentimiento del asociado, el asociante no puede atribuir participación para la misma empresa o para el mismo negocio a otras personas, según lo dispone el Art. 352 de la ley de sociedades mercantiles.

Formalidades.—A diferencia de lo establecido en el Art. 233º del Código de Comercio que permitía amplia libertad de forma para la formación del contrato, pues podía celebrarse sin ninguna solemnidad, "privadamente de palabra o por escrito, y probándose su existencia por cualquiera de las medidas reconocidas en derecho conforme a lo dispuesto en el Art. 51º", la ley de sociedades comerciales exige la forma escrita (Art. 353º), pudiendo ser escritura pública o documento privado, pero en ningún caso se obli-

ga a la inscripción en el Registro Mercantil. El contrato no requiere, pues publicidad alguna.

La exigencia de la forma escrita evita las graves dificultades de prueba que deriva de lo dispuesto en el mencionado Art. 51º, que descarta la prueba de testigos para acreditar la existencia de un contrato cuya cuantía excede de doscientos soles, a no concurrir con alguna otra prueba.

La Personalidad jurídica y la Asociación en Participación.—No sólo es la ausencia de un acto de publicidad lo que caracteriza a la asociación en participación, porque como lo sostiene Hamel, toda sociedad no publicada no es una asociación en participación. Es el carácter oculto y no la ausencia de publicidad, lo que constituye el signo específico de la asociación en participación. Tampoco esto quiere decir que el simple conocimiento que los terceros pudieran adquirir, de hecho, de la existencia de la asociación sea suficiente para hacerle perder su carácter.

De ese carácter oculto derivan varias consecuencias, a las que se ha hecho mención, siendo la principal que el asociante que contrató con los terceros lo hace siempre en su propio nombre, en forma personal, como si el negocio o la empresa fuera sólo de él, sin que los terceros tengan por qué conocer a los participantes. Sólo él se obliga frente a ellos. Por esto, los terceros tampoco adquieren derechos ni asumen obligaciones frente al asociado, ni éste respecto a aquéllos. Así lo reconoce el Art. 354º de la ley de sociedades comerciales.

Ya se ha mencionado que este carácter oculto de la asociación en participación no es suficiente para caracterizarla. Las sociedades irregulares, colectivas o comanditarias, que no han procedido a su publicidad legal, pueden ser ocultas, sin que se les pueda considerar como asociaciones en participación.

Como la asociación en participación no constituye una persona jurídica distinta de la persona de los participantes, no tiene un patrimonio propio, ni capital social, ni razón o denominación social.

El Art. 355º, de la ley de sociedades mercantiles admite estos conceptos.

Asimismo, no podría reclamar una sede social, atributiva de jurisdicción, ni ser declarada en quiebra. Tampoco podría admitir títulos cesibles o negociables representativos de la participación de sus miembros.

Finalmente, como carece de personalidad jurídica, no podría transformarse ni fusionarse con otras sociedades. Su transformación en una sociedad dotada de personalidad, daría lugar al nacimiento de una persona jurídica.

Administración. — La asociación en participación es administrada por el asociante (Art. 356º), es decir, por aquel que realiza la explotación y que es el único conocido por los terceros. Es ésta la única condición esencial del convenio. En cuanto a la extensión de los poderes, ellos pueden ser fijados libremente en el contrato. El administra-

dor está obligado a respetar lo convenido, y a actuar con el cuidado del comerciante leal, debiendo abstenerse de todo acto de concurrencia desleal respecto a sus co-asociados.

La representación que ejerce no sólo puede hacerla valer frente a terceros sino también frente a los propios co-asociados, en representación de la asociación.

Los co-asociados a quienes no corresponde la administración no pueden inmiscuirse en los negocios comunes. De otro modo quedarán obligados personalmente frente a los terceros.

Pero tienen el derecho de ejercer sobre los actos administrativos internos un derecho de control de acuerdo con lo estipulado en el contrato; y en todo caso, el de exigir la rendición de cuentas del negocio realizado, si la asociación se hubiese celebrado para un solo negocio, o a la rendición anual de cuentas, si la gestión se prolongara más de un año (Art. 356º de la ley, párrafos 2º y 3º).

Asimismo, el administrador está obligado a liquidar la parte del asociado, según los resultados prósperos o adversos, en la proporción que se haya convenido.

La participación en las pérdidas, si no se hubiese señalado su proporción en el pacto, será en la misma medida en que participa en las utilidades, pero, en ningún caso, las pérdidas que afectan al asociado pueden superar el valor de su aporte (Art. 358º de la ley).

La libertad para determinar en el pacto la participación que puede corresponder a las partes, no puede llegar al extremo de librar a alguno de ellos de todo riesgo, porque se estaría en presencia de un pacto leonino que la ley repudia.

Relaciones entre los miembros de la Asociación y con terceros.—Además de lo que resulta expresado en relación con la administración, en cuanto afecta a los socios desde el aspecto interno, cabe señalar otras obligaciones, que se generan entre ellos. La primera sería la de entregar por parte del asociado el capital convenido.

Como la asociación en participación carece de personalidad jurídica, es necesario determinar las consecuencias respecto a los bienes aportados y establecer si quedan de propiedad del que los aportó o si, respecto a terceros, se reputan del asociante.

Para la jurisprudencia francesa quedan, en principio, como de propiedad del asociado que los aportó. De aquí derivaría que sus acreedores podrían embargar los bienes aportados; y que él podría reivindicarlos en caso de quiebra del asociante. Pero, asimismo, él sufriría, salvo pacto en contrario, las consecuencias de las pérdidas, a menos que provengan de riesgos inherentes a la operación.

Si se trata de aporte de cosas fungibles o de dinero, el participante no conserva sino un simple derecho de crédito contra el asociante en caso de quiebra de ésta, en la misma medida que cualquier acreedor quirografario.

La ley de sociedades comerciales (Art. 357º) reputa los bienes como de propiedad del asociante en relación con terceros, a no ser que por la naturaleza de la aportación fue necesaria alguna formalidad o se estipule lo contrario en el contrato de asociación, y se efectuase la inscripción en el Registro correspondiente. Si la estipulación no se hubiese registrado, pero se probara que el tercero la conocía o debía conocerla, surtirá efecto contra él.

Esta solución guarda relación con el carácter oculto de la asociación en participación. Los terceros conocen únicamente al gestor, sin que tengan ninguna relación con el participante. Para ellos, el asociante es el único titular del negocio o empresa con quien contratan; él actúa únicamente en nombre propio, por lo que no hay acreedores ni deudores de la asociación. Se protege, pues, la aparición externa, la buena fe de los terceros que concedieron créditos o celebraron contratos sobre la base de una situación revelada al exterior como única.

Pero, si el tercero conoció o debió conocer la verdadera relación entre los co-asociados no hay nada que proteger.

Puede ocurrir que el bien aportado sea un inmueble y la aportación se inscriba en el Registro de la Propiedad Inmueble, u otro bien sujeto a inscripción, en cuyo caso la publicidad registral cumple su función de hacer conocer la verdadera situación de los bienes.

Término y liquidación de la asociación.—La asociación en partici-

pación termina en la fecha establecida en el contrato; o al terminarse la operación u operaciones para que fue convenida. Como en todos los contratos, puede ser objeto de nulidad cuando se producen las causales previstas en la ley. También puede terminar por acuerdo unánime de las partes.

En algunas legislaciones, que consideran las asociaciones en participación como una forma de sociedad, se aplican las causas de disolución de las sociedades personalistas.

Este criterio es también el predominante en la doctrina. Sostiene Escarra que las causas de disolución son en principio las mismas que en las sociedades. Considerada como una sociedad de personas, la asociación en participación se disuelve por la muerte, la interdicción, quiebra del socio; extinción de la cosa, o consumación de la negociación; y disolución judicial por justos motivos.

En cuanto a la disolución por muerte, habría que distinguir si se trata del asociante o del asociado. Si se trata del primero, no habrá duda respecto a la terminación, salvo, desde luego, que se hubiese pactado que el contrato continuaría con los herederos. Si se trata del asociado, la solución no es uniforme. En algunos países, como Alemania, la muerte del asociado produce la disolución si ella se hubiese estipulado en el contrato, pues la ley considera que el fallecimiento del asociado no es causa de disolución y que los herederos ocuparán el lugar del asociado constitu-

yendo un grupo, una especie de sociedad de hecho, que formará una persona única en sus relaciones con el asociante.

En cuanto a la liquidación y partición, el principio generalmente aceptado es que no se apliquen las reglas previstas para las sociedades y que esos actos se resuelvan mediante una simple rendición de cuentas en la forma establecida en el contrato. En Francia, la liquidación y la partición tienen lugar de acuerdo con las reglas del derecho común.

Como la asociación en participación no es persona jurídica, se reputa que si se designa liquidador, éste sería un mandatario de los socios, pero no de la sociedad.

Desde luego que en el contrato se puede estipular un régimen especial de liquidación, por ejemplo que el liquidador sea un tercero y no el gestor, o que se excluye al socio oculto de toda participación en los resultados de las operaciones que se realicen durante la liquidación.

El Código de Comercio (Art. 236º) establecía que la liquidación sería hecha por el gestor, quien terminadas las operaciones debería rendir cuentas justificadas.

En cuanto a la partición, a falta de previsiones contractuales, se aplican las reglas del derecho común. Corresponde a los asociados reclamar del asociante la justificación de las operaciones; y como la contribución a las pérdidas es una de las condiciones propias del con-

trato, no se puede pretender al final de las operaciones convertirse en acreedor del asociante y exigir el reembolso del aporte hasta que

no esté establecida una cuenta de ganancias y pérdidas, expresa Escarra, citando decisiones de la jurisprudencia francesa.

A falta de pacto en contrario, las pérdidas deben repartirse en la misma proporción que los beneficios. En cuanto a la entrega de los bienes que corresponde a los partícipes, se hará de acuerdo a la naturaleza de ellos: se procederá a la venta o a la partición "in natura".

Los efectos declarativos de la partición, expresa Molierac, se remontan a época diferente, según que los bienes hayan sido puestos o no en común en el curso de la asociación. En el primer caso, la partición se retrotrae a la fecha en que la indivisión se produjo. En caso contrario, se toman en cuenta el día de la disolución, porque este es el momento en que los bienes han entrado en indivisión. Mientras ha durado la asociación ellos eran de propiedad, sea del asociante, sea del asociado.

El último dispositivo del Título sobre Asociaciones en Participación hace aplicables las reglas de los Arts. 354º y 356º a otras formas asociativas de participación sólo en los beneficios y no en las pérdidas; o a los casos en que la participación se atribuye en unas y otras por el dueño de una empresa a determinada persona, sin que ésta efectúe aportación alguna.