

1032
2



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

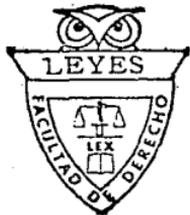
FACULTAD DE DERECHO

LOS CONTRATOS DE ASOCIACION EN
PARTICIPACION Y JOINT VENTURE.
RELACIONES Y DIFERENCIAS

T E S I S

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

ADOLFO AXEL ZAPATA LAGUNES



TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

CIUDAD UNIVERSITARIA, D. F.

MARZO DE 1993

FACULTAD DE DERECHO
SECRETARIA

10



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

LOS CONTRATOS DE ASOCIACION EN PARTICIPACION Y JOINT VENTURE RELACIONES Y DIFERENCIAS.

INDICE

INTRODUCCION GENERAL 1.

CAPITULO PRIMERO EL CONTRATO DE ASOCIACION EN PARTICIPACION

1.1. HISTORIA 5.
1.2. NATURALEZA JURIDICA 13.
1.3. ELEMENTOS DE EXISTENCIA 26.
1.4. REQUISITOS DE VALIDEZ 37.
1.5. CLASIFICACION 54.
1.6. DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES 63.
1.7. TERMINACION 71.

CAPITULO SEGUNDO EL CONTRATO DE JOINT VENTURE

2.1. INTRODUCCION 74.
2.2. ORIGEN 81.
2.3. CONTRATOS AFINES 90.
2.4. EL CONTRATO DE JOINT VENTURE 95.

CAPITULO TERCERO LA ASOCIACION EN PARTICIPACION Y EL JOINT VENTURE

3.1. RELACIONES 111.
3.2. DIFERENCIAS 113.

CONCLUSIONES 115.

BIBLIOGRAFIA 122.

INTRODUCCION

La elección del tema elaborado en esta tesis, ha sido inducido por las dudas y confusiones con las que me encontré al leer y escuchar acerca de los Joint Ventures. También, otro de los motivos para realizar este trabajo, fue el observar la falta de regulación en las leyes mexicanas, con respecto a tan importante figura jurídica.

Recuerdo haber leído, en varias ocasiones, artículos periodísticos, que en algún momento mencionaban la creación de un Joint Venture para la realización de algún negocio. En ese entonces, aún no había oído hablar sobre dicha figura dentro de las aulas de la facultad de Derecho, pero fue tanta la curiosidad que me generó el término "Joint Venture" que comencé a buscar su significado específico, hasta encontrarlo en el libro *Contratos Atípicos* de Arce Gargollo. Así, la primer idea que tuve al respecto, fue la de considerar al Joint Venture como una promesa de contrato de sociedad, tal como, en términos generales, lo define Arce Gargollo y además, me enteré que en México, dicho contrato puede ser considerado como típico¹.

¹Desde luego que esta afirmación, hecha por Arce Gargollo, sólo es posible debido al particular tratamiento que de dichos contratos realiza el autor citado.

Unos meses después, en mi clase de Contratos Mercantiles, el Dr. Pedro Zamora, al hablar sobre el contrato de Asociación en Participación, comentó que en la actualidad frecuentemente se utilizaba dicho contrato, pero bajo la denominación de Joint Venture. Este comentario entró en contradicción con la idea que me había formado del Joint Venture como una promesas de contrato. por lo que decidí investigar más a fondo el tema, entonces acudí a la biblioteca del Instituto de Investigaciones Jurídicas, donde, después de una gran búsqueda, encontré el estupendo estudio que realizó Astolfi acerca del Joint Venture y, al leerlo, poco a poco fui comprendiendo el porqué de las confusiones y contradicciones que daba lugar dicho término; Además, logré formarme la idea definitiva sobre el término Joint Venture, que me permitiría más adelante, entender de una manera clara, las referencias que de ellos se hicieran.

Mi estudio del Joint Venture hubiera terminado ahí, pero en la conferencia del Lic. Jorge Martínez S., al escucharlo exponer el Joint Venture dándole un tratamiento de promesa de contrato, cuya finalidad era constituir una sociedad para realizar una inversión conjunta, me dirigí al ponente, haciéndole saber mi escepticismo acerca de darle un tratamiento unitario al Joint Venture, refiriéndome a aquellos Joint Ventures que en ningún momento pretenden constituir una sociedad; la respuesta de él fue categórica, me dijo que yo estaba en un error y, negó la posibilidad de realizar un Joint Venture cuya finalidad no fuera constituir una sociedad. Desde luego pensé que el equivocado era el

ponente, pero para tener argumentos sólidos debía ahondar más en el tema.

Empecé a frecuentar las bibliotecas para allegarme información sobre el Joint Venture, e investigar los parangones y diferencias con el contrato de Asociación en Participación y con las sociedades mercantiles, pues, entre estos contratos típicos es donde se sitúa y simplifica al Joint Venture. De esta forma fue que llegué a la lectura, parcial, de tratados como el de Rehme; Grandi; Solá de Cañizares; entre otros, también leí a los mercantilistas italianos: Vivante, Rocco, Bolaffio. Y al ser tan interesantes dichas lecturas, me propuse realizar mi tesis profesional en Derecho Mercantil. Así, di un cambio gigantesco, haciendo a un lado la idea de elaborar mi tesis en Teoría o Filosofía del Derecho. Ahora, me alegro de haber tomado tal decisión, pues mi interés por el Derecho Mercantil ha crecido a tal grado, que muy probablemente sea el área a la que me dedique profesionalmente.

En el primer capítulo del trabajo, se presenta un análisis del contrato de Asociación en Participación, para tal efecto, hacemos un desarrollo de los diversos elementos que conforman los contratos en general, para, de esta manera, apuntar los rasgos característicos que individualizan la Asociación en Participación, frente a los demás contratos.

El siguiente capítulo está dedicado al estudio del Joint Venture, vemos el *common law* y la relación con nuestro Derecho, también hacemos una pequeña descripción de los contratos afines, y después, abordamos directamente al Joint Venture, presentando una

visión que los concibe pluralmente, a diferencia de otros autores, que les dan un tratamiento unitario. Por tal motivo hablamos de Joint Venture contractual; Joint Venture operativo; Joint Venture instrumental; etc., De esta manera, podemos entender los diversos argumentos, ya sea los que subsumen al Joint Venture como un contrato de Asociación en Participación; los que lo catalogan dentro de las promesas de contrato de sociedad o los que tan sólo lo toman como un sinónimo de co-inversión. Claro que esto quedará más claro en el tercer capítulo, en el cual se hace referencia directa a los parangones y diferencias existentes entre los contratos de Asociación en Participación y el Joint Venture.

CAPITULO PRIMERO

EL CONTRATO DE ASOCIACION EN PARTICIPACION

1.1. HISTORIA

Desde los orígenes de la cultura, podemos comprobar el surgimiento de ciertas instituciones cuyo objeto es facilitar el comercio. Son estas incipientes instituciones primigenias las que influyen, paulatinamente, en el perfeccionamiento de las relaciones mercantiles entre los hombres y los diversos pueblos de la antigüedad.

El Código de Hammurabi, es considerado el primer ordenamiento que da cuenta de las operaciones mercantiles; desafortunadamente, no se ha conservado sus disposiciones iniciales. Por lo cual, existe una laguna que no nos permite conocer la totalidad de los

preceptos que desde entonces se utilizaron en materia mercantil, pero si nos es factible el reconocer figuras como la compra-venta, el préstamo, el mandato, la commenda..., siendo, esta última, el antecedente mas remoto de la Asociación en Participación, como apunta Rehme:

"...la relación jurídica entre dos personas, una de las cuales entrega a la otra dinero o géneros para obtener un beneficio: dinero para comprar con él mercaderías y vender después éstas...se le llama al que da el dinero o el género 'damgar', al que lo recibe, 'samallu'".¹

De acuerdo con este autor, si existe un reparto del beneficio entre el 'damgar' y el 'samallu', hay una relación comanditaria, aunque el precepto no habla directamente de dicha participación, es posible deducirlo de otros artículos.

Siglos después, en Roma, algunos autores encuentran un antecedente de la Asociación en Participación en el *admissio.*, pero es hasta la Edad Media, con el desarrollo de las relaciones comerciales, que nace el contrato de *Colonna*², usado por las empresas marítimas italianas conforme los lineamientos del *Código de costumbres de Tortosa* y el *Consulado de Mar*. Ahora bien, para toda clase de negocios se empleaba la *Commenda*, contrato en el que una persona llamada *commendator* confiaba dinero o mercancías al

¹ Rehme, Paul. *Historia Universal del Derecho Mercantil*, Madrid, Revista de Derecho privado, 1941, págs.44 y 45.

²Ampliamente reglamentada por la *tabula Amalfitana*. Ver Rehme, Paul. op. cit. pag.81

commendatario para que este las empleara en operaciones comerciales durante un viaje, al término del cual se repartían las ganancias o compartían las pérdidas en la proporción convenida. Después surgió la *Collegantia*, que era un contrato, en el cual había aportaciones tanto del *commendator* como del *commendatario*⁴.

Con el tiempo la antigua *commenda* tuvo dos grandes derivaciones:

"En una de ellas el capitalista se manifiesta al exterior como participe del negocio... este es el antecedente directo de la sociedad comanditaria. En la otra, 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 individual del comerciante: compañía secreta. Este es el antecedente directo de la Asociación en Participación, que conserva la esencia de la antigua *commenda*, mientras la sociedad en comandita conserva solo el nombre"⁵.

La llamada *compagnia secreta* o *participatio* floreció en la baja edad media, cuando la doctrina canónica de la usura limitaba o prohibía algunas operaciones mercantiles, tales como el préstamo a interés. Dicha figura fue descrita por el Derecho Genovés del

⁴Solá de Cañizares, Felipe. *El Contrato de Participación, en el Derecho Español y en el Derecho Comparado*. Madrid, Revista de Derecho Privado, 1954, p.6.

⁵Garrigues, Joaquín. *Curso de Derecho Mercantil*, tomo I, México, Porrúa, 1979, pág. 577.

siglo XVI:

"Una persona (*particeps*) entrega a un comerciante individual o a una sociedad colectiva (*dominus negotii*) una suma de dinero a fin de que fuese empleada en una explotación mercantil o en una determinada rama de la misma, atribuyéndose al *particeps* una parte de las ganancias o pérdidas que arroja la explotación mercantil. El *dominus negotii* se hacía propietario de la aportación y dirigía en su propio nombre la explotación, de modo tal que los terceros adquirían derechos y asumían obligaciones únicamente frente al *dominus* y no se relacionaban en modo alguno con el *particeps*, cuya existencia ignoraban"⁴.

El nombre de *compagnia secreta* aparece por primera vez en las leyes de la ciudad de Bolonia del año 1583, Lasting piensa que la compañía se denominaba *secreta* porque el *particeps* figuraba en los libros contables como acreedor y no como socio, permaneciendo, así, oculta la asociación, por lo que permitía la participación de manera indirecta de personas a las que les estaba prohibido ejercer el comercio (nobleza, clero).

En la práctica comercial francesa, a partir del siglo XVII empieza a conocerse la llamada *société anonyme* que, también, es uno de los nombres con los cuales ha sido denominado el contrato de Asociación en Participación.

⁴Ibidem, pág. 184.

LEGISLACIONES MODERNAS:

FRANCIA:

La antigua *société anonyme*, de las Ordenanzas francesas de marzo de 1673, pasa a ser tipificada en el código francés de 1807 con el nombre de asociaciones comerciales en participación. Años después, en el artículo 49 de la Ley del 24 de junio 1925, dicho contrato es considerado como una sociedad la cual no se revela a los terceros por carecer de personalidad jurídica, y teniendo como ventajas la libertad de pactar sobre el objeto comercial de la asociación⁷

ALEMANIA:

La Asociación en Participación fue regulada en el Código prusiano de 1794 con el nombre de sociedad tácita u oculta, nombre con el cual se le conoce hasta la fecha en el Código de Comercio Alemán. En dicho código se encuentra ampliamente reglamentado las ideas más comunes sobre la Asociación en Participación, su artículo 335 nos dice:

"La persona que con una aportación patrimonial participa como

⁷Grandi, Giovanni Salvatore, *L'associazione in partecipazione*, Milano, Dottor Francesco Villardi, 1939, págs. 22 a 27.

socio tácito en la empresa mercantil que explota otra, tiene que realizar la prestación de tal modo que ésta ingrese en el patrimonio del titular de la empresa. Unicamente el titular adquirirá los derechos y asumirá las obligaciones derivadas de las operaciones realizadas dentro de la empresa"

Desprendiendose la posibilidad de pactar que el socio tácito sólo participe en las ganancias y no en las pérdidas, además, no se forma un patrimonio común, sino que la aportación es adquirida en propiedad por el gestor de la empresa mercantil; también, el socio tácito tiene el derecho de exigir por escrito el balance anual y puede examinar los libros y demás documentos contables⁴

ITALIA:

La Asociación en Participación fue regulada en el Código Albertino de 1842, transcribiendo la esencia del Código Francés de 1807. Años después, el Código de 1865 se apartó de la doctrina francesa y retomó el antiguo derecho Genovés.

Actualmente el Código Civil de 1942:

"Expresamente admite la posibilidad de que el asociado participe en el resultado de una empresa o de una o varias operaciones aisladas y reconoce también la posibilidad de que haya varios asociados si los consiente el asociado primitivo.

⁴Garrigues, Joaquin; op. cit., pág.185.

Los terceros adquieren derechos y asumen obligaciones únicamente frente al gestor a quien corresponde la dirección de la empresa o de las operaciones. Salvo pacto en contrario, el asociado participa en las pérdidas en la misma medida en que participa de las ganancias, sin que en ningún caso las pérdidas puedan superar el valor de su aportación”⁷

LEGISLACION MEXICANA

En México, la Asociación en Participación fue reglamentada desde el siglo pasado por los artículos 265 a 267 del Código de Comercio de 1854. Dicho ordenamiento tomó en cuenta algunos de los principios que adoptaba el código de Comercio Español de 1829, al referirse a las sociedades accidentales o cuentas en participación, pero omitió el artículo 354 de dicho código, el cual se refería a la participación en los resultados favorables o adversos bajo la proporción que previamente se determinara.

La importancia de este ordenamiento fue el haber dispuesto, en su artículo 267 que:

“la responsabilidad de estas compañías pesa exclusivamente sobre el comerciante que las dirige en su nombre particular; así como sólo en él reconoce la ley personalidad para integrar cualquier acción contra los extraños de la sociedad”.

⁷Grandi, Giovanni Salvatore, op. cit., pág. 186.

Con este precepto se permitió la celebración de contratos en los cuales el asociado se libera de la responsabilidad solidaria que pudiese surgir frente a terceros acreedores.

La Asociación en Participación también fue regulada dentro de las compañías de comercio del Código de Comercio de 1884, donde estuvo considerada como una asociación momentánea para hacer una o varias operaciones comerciales, que debían ser determinadas y, a semejanza de la legislación española, no exigía constara por escrito como formalidad y le negaba la utilización de razón social.

El último antecedente, de nuestra Ley General de Sociedades Mercantiles, el Código de comercio de 1890, dedicó tan sólo cuatro artículos a la Asociación en Participación, teniendo como característica la diferenciación entre empresas de asociación momentánea y las Asociaciones en participación.

1.2. NATURALEZA JURIDICA DE LA ASOCIACION EN PARTICIPACION

En cuanto a la naturaleza jurídica que se le atribuye a la Asociación en Participación, existen dos grandes grupos de tratadistas que se inclinan, ya sea por considerar a dicho contrato como una sociedad irregular o sui generis y por el otro lado, quienes la consideran como una pura relación contractual asociativa, desde luego que con grandes semejanzas a una sociedad pero sin contar con algunos de los elementos esenciales a éstas.

La confusión en el Derecho positivo mexicano se da, desde el momento en que se incluye a la Asociación en Participación dentro de la Ley General de Sociedades Mercantiles, dándole, en esa codificación, un tratamiento ambiguo y de excepción, motivo por el cual es difícil llegar a un acuerdo doctrinario, lo que trae como consecuencia la posibilidad de diversas interpretaciones del mismo texto legal.

Pasaremos a revisar las diferentes posturas que abordan la naturaleza jurídica de la Asociación en Participación.

NATURALEZA CONTRACTUAL:

En el desarrollo de las teorías referentes a la naturaleza de la Asociación en Participación, ya sea como puramente contractual o concebida como un tipo de sociedad, veremos que no es fácil desvincular una de la otra, pero, al parecer es bastante importante pronunciarse a favor de una de las opciones que enseguida desarrollaremos.

La teoría que niega la afinidad de la Asociación en Participación con algún tipo de sociedad mercantil, es desarrollada por los italianos Bosco y Errera¹⁸. Autores que partiendo de un punto de vista preponderantemente histórico, sostienen que dicho contrato al provenir directamente de la commenda, carece del *affectio societatis*, el commendator no es socio del commendatario, la participación en las utilidades o en las pérdidas es un simple reparto contractual entre asociados en la que únicamente figura el commendatario y, de ninguna manera se crea una persona jurídica nueva o diferente de los asociados.

¹⁸Hace referencia a estos autores Grandi, op. cit., pág. 40. y en la pág. 41 menciona a Bolaffio y a Navarrini como simpatizantes de esta teoría.

NATURALEZA CONTRACTUAL CON AFINIDAD A LA SOCIEDAD

Esta manera de abordar la naturaleza de la Asociación en Participación es la más común y es donde confluyen varios tratadistas mexicanos¹¹. Al respecto Mantilla Molina nos dice:

"...que en ambos casos se trata de un contrato cuyas partes obran con una finalidad que les es común, a saber, obtener utilidades o reducir pérdidas en el ejercicio de la empresa o en la ejecución de la operación comercial relativa"¹²

Por la cercanía de dichas figuras jurídicas, la teoría las intenta delimitar, mediante la confrontación de ambas, subrayando las diferencias de una con la otra, aceptando hasta cierto punto la afinidad existente, pero evitando la asimilación de la Asociación en Participación dentro de las sociedades mercantiles.

Así, tenemos que dentro de la Asociación en Participación no existe, con la creación de dicho contrato, el ánimo del asociante y del asociado en constituir una persona moral. Por el contrario, en los contratos de sociedad siempre formarán una persona moral, tanto en las sociedades regulares como en las irregulares.

¹¹V. Jorge Barrera Graf, y Arturo Diaz Bravo.

¹²Barrera Graf, Jorge, *Instituciones de Derecho Mercantil*, México, Porrúa, 1991. pág. 239.

La Asociación en Participación carece de personalidad independiente de sus asociados, por lo que no se le permite utilizar razón social o denominación, a diferencia que las sociedades en la cual al tener personalidad tienen también una razón o denominación social.

El contrato de Asociación en Participación es privado y, no necesita otorgarse ante notario, ni inscribirse en algún registro. Las relaciones de los terceros sólo son con el asociante, pues este obra en nombre propio, por lo tanto no hay relación de los asociados con los terceros.

La Asociación en Participación no crea un patrimonio común, ya que los bienes o derechos aportados ingresan en el patrimonio del asociante, como bienes propios. En cambio en las sociedades si existe un capital social.

En cuanto a la asamblea de accionistas o de socios, la Asociación en Participación carece de ella, al igual que no existe la figura del administrador, ni tiene órgano de vigilancia.

LA ASOCIACION EN PARTICIPACION ES UNA SOCIEDAD:

Algunos autores han sostenido que la Asociación en Participación es una sociedad, dado que en ambas figuras existe el mismo vínculo de solidaridad para compartir ganancias o pérdidas entre los socios o asociados.

La Asociación en Participación, según opina Marghieri¹³, no forma un ente moral colectivo distinto de las personas que lo conforman, pero es una sociedad, que carece de razón social y, dicho vínculo societario es desconocido por terceros.

Existen otras teorías con respecto a la naturaleza societaria de nuestro contrato, de las que podemos destacar, siguiendo a Grandi, la teoría de Vidari, la cual afirma que sí existe un fondo común entre los asociados, ya que no pueden pasar los bienes a ser propiedad del asociante y después el asociado pedir algún tipo de resarcimiento para los casos de incumplimiento del reparto de las ganancias o un mal manejo de los bienes objeto de la participación.

Continuando con este mismo enfoque, tenemos la teoría de Ravà¹⁴, el cual afirma que en la Asociación en Participación las partes no desean adquirir, ni en su totalidad, ni de manera definitiva, un derecho del otro. Pero en cambio si desean unir los medios con los que dispongan para afrontar juntos el destino azaroso de cierta operación comercial o negociación mercantil. Siendo esta voluntad de dividir las ganancias de una empresa o de sufrir las eventuales pérdidas, el elemento característico del contrato de sociedad, la Asociación en Participación se debe entender como un tipo de sociedad.

¹³En Grandi, Salvatore Giovanni; Op. Cit.; Págs. 32 a 36.

¹⁴En: Grandi, Salvatore Giovanni; Op. Cit. Págs. 37 y 38.

COMENTARIO:

Una vez expuestas las principales ideas que versan sobre la naturaleza del contrato de Asociación en Participación, podemos intentar exponer nuestro propio punto de vista.

Consideramos que una de las causas de confusión para abordar dicha naturaleza, es la creada por la propia L.G.S.M., ya que esta incluye, dentro de su capitulado, un contrato que ella misma desecha como sociedad¹⁴, ésto debido a que hace una enumeración limitativa de las figuras jurídicas que son reconocidas por la ley como sociedades mercantiles, y no incluye a la Asociación en Participación dentro de las seis clases de sociedades que contempla.

La crítica que se le puede hacer a la L.G.S.M., si consideramos a la Asociación en Participación como una sociedad, es el no estar contemplada como sociedad en el artículo primero de dicha ley, o sea, formalmente la coloca dentro de una ley de sociedades y materialmente la aborda como contrato mercantil no societario. Esta contradicción, provocada por una defectuosa sistematización, nos lleva a ambiguas interpretaciones, así como,

¹⁴El artículo primero de la Ley General de Sociedades Mercantiles a la letra dice: "*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...*"

a grandes confusiones doctrinarias.

Si apoyamos la tesis que desvincula la Asociación en Participación con las sociedades, se nos podrá cuestionar sobre la situación *topográfica*, o sea, en el porqué de la ubicación dentro de las figuras societarias. Pero además se cuestionará, que la suplencia al contrato sea hecha por las disposiciones de las sociedades en nombre colectivo, ya que estas tienen un origen y estructura jurídica diferente al de la voluntad de las partes y, se corre el riesgo de ser afectados, por interpretaciones que vayan en contra de la naturaleza de un contrato no societario, ya que debido a la dificultad de realizar un clausulado exhaustivo, se estará en la hipótesis de art. 259 de la L.G.S.M. que a la letra dice:

"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."

Como las disposiciones del capítulo XIII de dicha ley, son únicamente ocho artículos, incluido el anteriormente citado, sería fácil prever, que la supletoriedad de las sociedades en nombre colectivo afecta de manera directa la esencia no societaria de la Asociación en Participación, pero al leer la parte correspondiente a las sociedades en nombre colectivo vemos que casi todos sus numerales pugnan con la esencia de la Asociación en Participación, por lo que, más que ayudar a disipar dudas y a complementar la

figura legal, da pie para cuestionar la intrínseca ligazón, que se le atribuye, con las instituciones societarias.

Creemos que la Asociación en Participación es un contrato diferente al contrato que crea las sociedades mercantiles. Es un contrato mercantil, pero por el tratamiento de excepción que se le da, y el lugar donde es ubicado, se le debe considerar *sui generis*, tanto en su forma, como en su contenido.

Es un contrato en el cual debe de contar primordialmente la voluntad de las partes que lo integran, y no debería verse amenazado con ser subsumido por preceptos que regulan las instituciones societarias, además, al ser un requisito formal, para la validez de dicho contrato, el constar por escrito, no debería dar lugar a falsas interpretaciones judiciales, ya que al signar las partes un contrato tipificado, como es el caso, en el cual se demuestra, documentalmente, la intención de las partes de no crear un vínculo societario entre ambas, no hay motivo, o no debería haberlo, para ir en contra de su voluntad y forzarlos a formar parte de una sociedad (irregular).

Debe predominar la voluntad originaria de las partes, ya que estas, las partes, tienen la oportunidad de formar una sociedad, con razón social; patrimonio propio etc., pero han preferido otra opción que la misma ley les permite utilizar y precisamente, dicha opción, consiste en no formar una sociedad, sino un contrato mercantil asociativo.

También debemos de tomar en cuenta el art. segundo del Código de Comercio el cual nos dice "A falta de disposiciones de este

código, serán aplicables a los actos de comercio las del derecho común", por lo que en muchas ocasiones se recurre al Código Civil para resolver lagunas, vacíos, confusiones etc. de la legislación mercantil.

Ahora bien, en cuanto a la voluntad de las partes en los contratos, habrá que seguir la llamada teoría de la voluntad real o interna, en la cual *"se afirma que si la voluntad de las partes es el alma del contrato, habrá sin duda que atender a ella..."*¹⁴.

Nuestro Código Civil acoge esta teoría y en su art. 1851 a la letra nos dice:

"Si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas. Si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas."

Por lo que podemos comprobar, la voluntad originaria de las partes, es determinante para cualquier tipo de interpretación que se suscite, aún cuando, en un contrato de Asociación en Participación, existan deficiencias en su clausulado, estas serán superadas partiendo de que la intención, de las partes, nunca ha sido establecer una relación societaria y, por lo tanto, la interpretación se tendrá que desvincular de las figuras societarias.

¹⁴Gutierrez y Gonzaloz, Ernesto: *Derecho de las Obligaciones*. 8a. ed., editorial Porrúa, México, 1991. Pág.376.

También, es de suma importancia el contenido del art. 1854 del mismo Código civil, el cual dice: "*Las cláusulas de los contratos deben interpretarse las unas por las otras, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas*". De manera que la idea de la Asociación en Participación, se desprende desde el momento en que utilizamos las palabras asociación, en vez de sociedad; las palabras participación, asociado, asociante, así como, el no mencionar nombre o razón social, ni intentar sujetarla a algún registro, por lo que, de las cláusulas se debe desprender, que el contrato no corresponde a las instituciones de carácter societario¹⁷.

Ahora bien, he dejado para el final la teoría que nos habla de una característica mixta del contrato de Asociación en Participación:

"Si las partes no tienen la *affectio societatis* para constituir una sociedad y, sólo quieren formar un contrato asociativo; sino se exterioriza ante terceros como sociedad (y en el caso de la Asociación en Participación, ni siquiera como asociación, por tratarse de un negocio oculto); y finalmente, sino adopta uno de los tipos de sociedad mercantiles, estaremos en presencia de una asociación mercantil, no de una sociedad de esta naturaleza"¹⁸.

¹⁷Ver: Gutierrez y Gonzalez. Ernesto: Op. Cit. la parte correspondiente al capítulo XI.

¹⁸Barrera Graf. Jorge, *Las Sociedades en derecho mexicano*, México, U.N.A.M., 1983, Págs.173 y 174.

Pero, siguiendo a Barrera Graf, si la Asociación en Participación se revela como tal frente a terceros, ya sea por medio de una razón social o denominación, o que una de las partes actúe de tal forma que no conserve su carácter oculto, dicha asociación perderá su carácter como tal y, se convertirá en una sociedad irregular en nombre colectivo o sociedad irregular en comandita simple (por no contar con registro y ser las figuras en donde encuadrarían), la consecuencia principal sería, en la hipótesis de la sociedad en nombre colectivo, la responsabilidad subsidiaria, solidaria e ilimitada frente a terceros, de todos los asociados (socios irregulares).¹⁷

Conforme lo anterior, es de gran importancia que la voluntad de los asociados, plasmada en el contrato escrito, sea reafirmada por la conducta exteriorizada frente a terceros y, no tienda a confundir o desnaturalizar la voluntad originaria, mucho menos que sea un artificio para engañar a los acreedores, y hacerlos creer que cuentan con algún tipo de acción contra el asociado, que se hace pasar ya sea como socio o como asociante, y en realidad, este cuenta con un contrato de Asociación en Participación, que lo excluye de la responsabilidades solidaria frente a terceros. Si este fuese el caso, se tendrá, efectivamente, que sancionar a los signatarios de dicho contrato asociativo, subsumiendo su acto jurídico inicial en algún tipo de sociedad irregular.

Pero, una cosa es la conducta falsa, fraudulenta, tendiente al engaño, y otra, es el tener que ocultar una relación lícita,

¹⁷Barrera Graf, Jorge. *ibidem*.

concebida como acto jurídico, permitida y regulada por un capítulo de la Ley General de Sociedades Mercantiles que la tipifica expresamente como contrato de Asociación en Participación. Por lo que no tiene, dicho contrato, porque permanecer oculto para ser reconocida su naturaleza como tal; bien puede, tanto el asociado como el asociante, revelar al exterior el tipo de asociación que los vincula, sin que, por ese simple hecho, se tenga algún detrimento o cambio en la relación contractual, es más, de esta manera se podría evitar cualquier tipo de confusión o especulación por parte de terceros.

Quando decimos que se puede revelar la existencia de la asociación, no estamos diciendo que sea permitido actuar como empresa común frente a terceros, por lo tanto, el asociante deberá actuar y firmar en nombre propio, así, los terceros no tendrán ninguna razón o motivo para contar con la responsabilidad del asociado²⁸.

Para terminar, transcribo lo que apunta al respecto el jurista italiano De Gregorio:

"En realidad, esta figura jurídica singular puede aislarse a las otras de tipo asociativo sólo a base de la comprobación de la voluntad originaria (en el acto de la constitución de la relación) y actual de aquellos que participan en la misma. Cuando se quiere que de la gestión de un negocio o un

²⁸ ver: De Gregorio, Alfredo. "De las sociedades y de las asociaciones comerciales", en AAVV, *Derecho Comercial*, coord. L. Bolaffio; A. Rocco; y C. Vivante. Tomo 7, volumen II. núms. 588; 589 y 590. Buenos Aires, Argentina, EDIAR soc. anom. editores, 1947.

establecimiento se encargue Ticio en nombre propio, con su sola responsabilidad patrimonial frente a los terceros y bajo el impulso exclusivo o decididamente predominante de su voluntad limitándose los otros a participar en los resultados de aquella gestión, aun habiendo proporcionado los medios necesarios para que ésta se realice, se tiene no el negocio o el establecimiento de un grupo de socios, sino el negocio o el establecimiento de Ticio, frente al cual una o varias personas tienen créditos, cuyo contenido es regulado según los resultados de la gestión del negocio y del establecimiento indicados...Así pues, a la falta exterior de una actividad social debe corresponder la voluntad de los interesados, de que la actividad, el negocio, el establecimiento, sean del asociante."¹¹

¹¹De Gregorio, Alfredo. op. cit. pag. 417.

1.3. ELEMENTOS DE EXISTENCIA

Una vez que nos hemos pronunciado por la naturaleza preponderantemente contractual del contrato de asociación en participación, pasaremos a hacer un análisis de los elementos que lo integran.

Como sabemos, el contrato es una especie del género convenio en sentido amplio, el cual es definido por el Código Civil en el art. 1792: "*Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones*".

La definición que proporciona el Código Civil es incompleta, por lo que recurrimos al concepto que nos da el jurista Gutiérrez y González: "*Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, conservar, modificar o extinguir derechos y obligaciones*"¹¹. Al ser el convenio *lato sensu* el género, el contrato se desprende de él y, el Código Civil en su art. 1793 dice: "*Los convenios que producen o transfieren obligaciones y derechos toman el nombre de contratos*". Por lo que el contrato se define como el acuerdo de dos o más personas para crear o transferir derechos y obligaciones.

¹¹Gutiérrez y González, Ernesto; *op. cit.* págs. 128, 186 y 187. En mi opinión una definición más acertada y completa que la que nos proporciona el art. 1792 del Código Civil.

Ahora bien, el acto jurídico llamado contrato tiene una serie de elementos de existencia y de validez, los cuales pasaremos a exponer someramente, no sin antes hacer la advertencia que en lo que respecta a las obligaciones y a los contratos mercantiles se recurrirá, casi en su totalidad, tanto al Código Civil, como a las teorías civilistas, dado que, como hemos venido observando, el derecho mercantil nos remite constantemente al derecho civil, convirtiéndose en ocasiones dicha suplencia, en la columna vertebral del derecho mercantil.

Para confirmar el párrafo que antecede basta con transcribir dos artículos del Código de Comercio, el art. 2 que a la letra dice: *"A falta de disposiciones de este código, serán aplicables a los actos de comercio las del derecho común"*, y el art. 81 el cual dice: *"Con las modificaciones y restricciones de este código serán aplicables a los actos mercantiles las disposiciones del derecho civil acerca de la capacidad de los contrayentes y de las excepciones y causas que rescinden o invalidan los contratos"*.

La doctrina tradicional¹³ ha manejado como elementos de existencia:

- 1.- El acuerdo de voluntades o consentimiento.
- 2.- El objeto.

¹³El jurista Ernesto Gutiérrez y González ha elaborado una teoría la cual afirma que en determinados contratos la ley exige como elemento de existencia la solemnidad.

PRIMER ELEMENTO DE EXISTENCIA**EL ACUERDO DE VOLUNTADES:**

El contrato de Asociación en Participación es un acto jurídico de los llamados bilaterales o plurilaterales, por lo que requiere para ser concebido dos o más voluntades, de las cuales podemos deducir que existe por un lado una policitud y por el otro una aceptación²⁴.

POLICITACION:

La policitud debe de tener todos los elementos que nos permitan identificar en ella, la intención de crear un contrato de Asociación en Participación, por lo que tiene que proponer la realización de una o varias operaciones mercantiles o la creación de una negociación comercial, en la cual uno de los dos tenga el carácter de asociado y el otro de asociante, en donde es obligación del primero la aportación de bienes o servicios para el asociante y, éste se obliga a participar en las ganancias o pérdidas, según sea el caso, al asociado. Además, el asociante tiene una gestión y administración exclusiva y sólo él se obliga frente a terceros.

²⁴Claro que dichas ofertas y aceptaciones pueden provenir de las dos partes, pues al que se le hace un ofrecimiento puede aceptarlo, pero aparte puede hacer otro ofrecimiento y así aceptaciones y ofertas hasta llegar al acuerdo de voluntades.

Hay que hacer hincapié en la importancia que reviste la policitud en el contrato de asociación en participación, ya que como vimos con anterioridad, la voluntad originaria de los contratantes es fundamental para desvincularse de las figuras societarias, por lo tanto, desde la policitud debe ir muy bien definida la voluntad de las partes.

Es difícil pensar en que en este tipo de contratos se pudiese presentar una policitud de las llamadas tácitas, ya que sería muy rebuscado imaginar un ejemplo en el cual se dieran hechos que autorizaran a presumir que estamos frente a una oferta para realizar un contrato de Asociación en Participación, sin que medie antes alguna propuesta expresa, ya sea verbal, escrita o por signos inequívocos.

ACEPTACION:

En cuanto a la aceptación podemos decir que es "*una declaración unilateral de voluntad, mediante la cual se expresa la adhesión a la policitud*"¹⁸, y puede ser externada dicha voluntad de forma expresa, pero también puede ser tácita, ya que aquí sí es posible deducir de ciertos hechos que la propuesta fue aceptada. V.g. el que se propone tener la calidad de asociante, una vez formulada la oferta (y que esta sea expresa y clara) al posible asociado, recibe la cantidad de dinero o los bienes que le pidió que le aportara para empezar la operación o la empresa.

¹⁸Ibidem. pág. 222.

El contrato analizado tiene entre otras características la de ser formal y, para no ser afectado por la invalidez se debe otorgar por escrito. Por lo que podemos decir que una vez perfeccionado el consentimiento y habiendo un objeto, el contrato existe, pero para que alcance la plenitud de sus consecuencias y no pueda verse afectado por nulidad por falta de requisito formal, es necesario que se plasme por escrito (signado por las partes) dicho contrato.

La aceptación puede efectuarse entre personas presentes y entre no presentes, con el requisito que la persona oferente sea determinada, dado que no es posible que el peticionante sea una persona indeterminada, pues, la peticionación tuvo que haber sido hecha por persona determinada, que al momento de externarla quedó obligada frente a un posible aceptante determinado en el mayor de los casos, pero que también podría darse el caso que este fuese indeterminado; p. ej. un futuro asociante ofrece la celebración de un contrato de Asociación en Participación, en el cual el aportará un porcentaje del capital y será el asociante industrial, al mismo tiempo solicita un asociado capitalista con los requisitos que el considera pertinentes, requisitos que pueden ser cumplidos por diversas personas que en ese momento son indeterminadas, hasta que no se materialice la aceptación de dicha peticionación. Desde luego que en el contrato que estamos estudiando no es muy común dicha hipótesis, ya que generalmente las asociaciones se dan entre personas que de uno u otro modo se conocen, para que así exista la confianza, que generalmente es necesaria para la realización de este tipo de contratos.

PERFECCIONAMIENTO DEL CONSENTIMIENTO:

Analizados los dos elementos del llamado consentimiento, podemos afirmar que *"una vez que se hace una policitud y se recibe y se acepta, el consentimiento se integra, y si ya hay además un objeto, entonces el contrato se perfecciona"*²⁶

En ocasiones es de gran trascendencia el determinar en qué momento se perfeccionó el consentimiento, pues de ese instante se partirá para considerar si las partes pueden o no retractarse de su posición y no seguir adelante para realizar dicho contrato; ese momento también sirve para saber si las partes tenían o no capacidad para obligarse; en caso de adición o reforma en las leyes, entre la propuesta y la aceptación, que rigen nuestro contrato nos indicará la ley aplicable; también nos indica el momento en que se hace el traslado de dominio de los bienes, cuando estos no forman parte del objeto del contrato; y por último cuando sin culpa de alguna de las partes ocurre un siniestro y se pierde los bienes objetos del contrato se determina quien responde por dicha pérdida²⁷

Cuando se trata de una oferta realizada entre personas presentes sin plazo para la aceptación, como el Código de Comercio no prevé la hipótesis recurrimos supletoriamente al art. 1805 del

²⁶Ibidem. pág. 229

²⁷Seguimos en todo este párrafo las ideas que el jurista Ernesto Gutiérrez y González expone en su cátedra y en su libro Derecho de las Obligaciones, op. cit.

Código Civil que a la letra dice: "*Cuando la oferta se haga a una persona presente, sin fijación de plazo para aceptarla, el autor de la oferta queda desligado si la aceptación no se hace inmediatamente*", por lo que no ofrece ninguna dificultad para encontrar el momento en que el consentimiento se perfecciona.

Cuando se trata de un contrato entre presente pero con plazo, queda obligado, el oferente, para sostener su ofrecimiento durante el tiempo que dure dicho plazo.

El problema se presenta cuando el contrato se perfecciona entre personas no presentes, por lo que han surgido diversas hipótesis que nos hablan sobre el momento en que el consentimiento se debe considerar perfeccionado.

Existen otras teorías que por pertenecer directamente al campo del derecho civil, sólo serán enunciadas: Así tenemos las teorías: De la declaración; De la expedición; De la recepción; y por último De la información.

En nuestro Código Civil se ha aceptado como regla general la teoría de la *Recepción* y, en su art. 1807 nos dice: "*El contrato se forma en el momento en que el proponente recibe la aceptación, estando ligado por su oferta según artículos precedentes*". Pero el Código de Comercio adopta el segundo de los sistemas, el de la *Expedición*, lo cual lo constata el art. 80 que a la letra dice:

"Los contratos mercantiles que se celebran por correspondencia, quedarán perfeccionados desde que se conteste aceptando la propuesta o las condiciones con que ésta fuere modificada. La correspondencia telegráfica sólo producirá

obligación entre los contratantes que hayan admitido este medio previamente y en contrato escrito, y siempre que los telegramas reúnan las condiciones o signos convencionales que previamente hayan establecido los contratantes, si así lo hubiesen pactado".

EL SEGUNDO ELEMENTO DE EXISTENCIA

EL OBJETO:

Existen tres diferentes tipos de objetos:

1.-EL OBJETO DIRECTO DEL CONTRATO:

Es el crear y transmitir derechos y obligaciones. En el caso de un contrato de Asociación en Participación, dicho objeto se traduce en la creación de obligaciones y derechos tanto para el asociante como para el asociado, ligándolos a ambos de tal manera que las obligaciones de uno se convierten en derechos del otro y viceversa.

2.-EL OBJETO INDIRECTO DEL CONTRATO:

Que es una conducta de dar, hacer o no hacer. En cuanto a nuestro contrato, la Ley General de Sociedades Mercantiles en su art. 252 enuncia las obligaciones de las partes y dice que el asociado tiene la obligación de aportar bienes (conducta de dar) o servicios (conducta de dar y/o de hacer) a favor del asociante que

a su vez se obliga a utilizar los bienes o servicios aportados para una determinada operación mercantil o negociación, de la cual hará participe (conducta de dar) de las utilidades o de las pérdidas al asociado.

3.-EL OBJETO MATERIAL:

La cosa objeto del contrato sólo se presenta en los contratos que crean obligaciones de dar cosa específica, por lo que no se presenta en los contratos en donde la obligación es de hacer o no hacer.

Tenemos que recurrir, como en casi todo lo concerniente al tema de las obligaciones mercantiles, a la suplencia que de ellas hace el Código Civil y, este ordenamiento en su art. 2011 da las diversas hipótesis que presenta esa conducta de *dar* algún bien:

"La prestación de cosa puede consistir:

I.- En la traslación de dominio de cosa cierta;

II.- En la enajenación temporal del uso o goce de cosa cierta;

III.- En la restitución de cosa ajena o pago de cosa debida.".

En los contratos de Asociación en Participación es factible que se presenten las cuatro hipótesis anteriores. El asociado puede trasladar el dominio de los bienes que entrega al asociante para la realización de las operaciones o negociaciones. También se puede dar el caso en el que la aportación del asociado sea de carácter temporal, ya únicamente para determinadas operaciones o ya sea por

un tiempo determinado. En este último caso, el asociante deberá restituir la cosa al asociado, en las condiciones y tiempo pactado. Además, el asociante estará obligado a participar de las utilidades (pueden ser pérdidas) al asociado en la proporción convenida, y se está por lo tanto a lo prescrito por el final del artículo analizado.

Hemos hablado de cosa o bienes indistintamente, ahora sólo resta recordar que para que dichas cosas o bienes puedan ser objeto del contrato necesitan satisfacer los requisitos del artículo 1825 del Código Civil: *"la cosa objeto del contrato debe lo Existir en la naturaleza; 2o Ser determinada o determinable en cuanto a su especie; 3o Estar en el comercio"*.

En cuanto al objeto del contrato, cuando consiste en el hecho que el obligado debe hacer o no hacer (art. 1824 fracc.II del C. Civil), deberá de estar en lo previsto por el art. 1827 del Código Civil que a la letra dice: *"El hecho positivo o negativo, objeto del contrato, debe ser: I. Posible; II. Lícito"*.

En lo que respecta a la primera fracción el jurista Gutiérrez y González apunta:

"Un hecho o abstención, son posibles, cuando van de acuerdo con las leyes de la naturaleza y las jurídicas de orden público; en sentido contrario, no podrá constituir el objeto de un contrato aquel hecho o abstención que va contra una ley de la naturaleza que necesariamente debe regirlo, bien contra una norma jurídica cuyo obstáculo es insuperable, bien

finalmente, porque pugne simultáneamente con una ley natural y una jurídica”³⁸

La fracción segunda habla de la licitud en el objeto, pero siguiendo las enseñanzas del licenciado Gutiérrez y González, creo que el tema de la licitud no es un elemento de existencia, sino que es un requisito de validez. Ahora bien de lo que debemos hablar es de *hecho o abstención jurídicamente imposible*, los cuales serán los que van contra una norma jurídica que atañe directamente a su esencia, por lo que el acto jurídico no puede llegar a existir.

Por lo expuesto cabe deducir que en los contratos de Asociación en Participación se darán siempre los dos elementos que integran el consentimiento en los actos jurídicos bilaterales, o sea, policitud y la aceptación como partes necesarias para el perfeccionamiento del acuerdo de voluntades. En cuanto al *objeto*, segundo de los elementos esenciales de existencia, podemos agregar que en nuestro contrato existe la posibilidad que se presente en cualquiera de sus tres manifestaciones: en un *dar*, en un *hacer* o en un *no hacer*; ya sea aisladamente o todos estos objetos en un mismo contrato.

Una vez que se presentan los llamados elementos de existencia (acuerdo de voluntades y objeto), veremos que además es necesario que se cumpla con los requisitos de validez, para que así, surtan plenamente todos los efectos jurídicos de nuestro contrato.

³⁸Ibidem. pág. 253

1.4. REQUISITOS DE VALIDEZ DEL CONTRATO

Como anteriormente hemos visto, el artículo 81 del Código de Comercio nos remite al Código Civil y, en lo concerniente a la validez de los contratos mercantiles debemos apoyarnos, en general, en todos los preceptos que integran el capítulo I, título primero, primera parte del libro cuarto (de las obligaciones) del Código Civil.

Ahora bien para abordar el tema de los requisitos de validez empezaremos citando al art. 1795 del Código Civil, que a contrario sensu se refiere a dichos requisitos:

"El contrato puede ser invalidado:

- I. Por incapacidad legal de las partes o de una de ellas;
- II. Por vicios del consentimiento;
- III. Porque su objeto, o su motivo o fin, sea ilícito;
- IV. Porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la ley establece".

De donde se desprende que son cuatro los requisitos para no verse afectados por algún tipo de nulidad. Estos están enumerados en las fracciones que preceden y que ahora pasaremos a desglosar.

CAPACIDAD

La capacidad "*es la aptitud jurídica para ser sujeto de derechos y de deberes. y hacerlos valer*"³⁵. Definición de la que podemos inferir que existen dos tipos de capacidad, una de goce y otra de ejercicio.

La capacidad de goce "*es la aptitud jurídica para ser sujeto de derechos y deberes*" y la de ejercicio "*es la aptitud jurídica de ejercitar o para hacer valer los derechos que se tengan, y para asumir por sí mismo, deberes jurídicos*"³⁶.

Tenemos que las limitantes a la capacidad, cuando se trata de la capacidad de goce, no puede ser total, por lo que existe como restricciones parciales a dicha capacidad, v.g. la que priva de ella a las instituciones de beneficencia, pues éstas sólo pueden adquirir los bienes inmuebles indispensables para su objeto; también tienen incapacidad en algunos casos los extranjeros; y las personas físicas que por sentencia pierdan parcialmente la capacidad de goce.

Teniendo la capacidad de goce, puede estar restringida para su ejercicio, pudiendo ser general o especial dicha prohibición. Las incapacidades generales las enumera el art. 450 del Código Civil:

"Tienen incapacidad natural y legal:

I. Los menores de edad;

³⁵Quiérriz y González, Ernesto. Op. cit. pág. 341.

³⁶Ibidem

- II. Los mayores de edad privados de inteligencia por locura, idiotismo o imbecilidad, aun cuando tengan intervalos lúcidos;
- III. Los sordo-mudos que no saben leer ni escribir;
- IV. Los ebrios consuetudinarios y los que habitualmente hacen uso inmoderado de drogas enervantes".

La incapacidad especial de ejercicio es la que tienen los cónyuges, al no poder celebrar entre sí contratos, sin autorización judicial, como lo señala el art. 174 del Código Civil:

"Los cónyuges requieren autorización judicial para contratar entre ellos, excepto cuando el contrato sea el de mandato para pleitos y cobranzas o para actos de administración".

También, tenemos como excepción, los casos de la fianza y de la compra-venta entre cónyuges, enumerados por los artículos 175 y 176 del Código Civil.

En los párrafos anteriores se mencionaron las incapacidades que se pueden aplicar a los contratos mercantiles pero que no son enumerados propiamente por dicha materia. Ahora hablaremos de las incapacidades de naturaleza mercantil que son entre otras: los corredores; los quebrados que no han sido rehabilitados; y los condenados por sentencia firme por delitos contra la propiedad, tienen prohibición de ejercer el comercio. El art. 10 de la LGSM impone a las sociedades mercantiles sólo realizar actos inherentes a su objeto. Todavía existen algunas prohibiciones en materia de inversión extranjera y el art. 9 del Código de Comercio prohíbe a

los comerciantes casados bajo régimen de sociedad conyugal, el hipotecar o gravar los bienes de sus sociedad sin que medie consentimiento del otro cónyuge¹¹

Si enfocamos a nuestro contrato el tema de la capacidad, podemos constatar que en algunos casos el contrato de Asociación en Participación se puede ver afectado por nulidad relativa si alguno de los contratantes sufre cualquiera de las incapacidades antes mencionadas.

VOLUNTADES LIBRES DE VICIOS:

Además del requisito de capacidad legal de las partes, es necesario que las voluntades que otorgan un contrato estén libres de vicios, entendiendo por vicio *"la realización incompleta o defectuosa de cualquiera de los elementos de esencia de una institución"*¹².

El Código Civil, en su apartado *vicios del consentimiento*, se encarga de describir los tipos de vicios que existen en el campo de lo jurídico, es así que en su art. 1812 dice: *"El consentimiento no es válido si ha sido dado por error, arrancado por violencia o sorprendido por dolo"*

¹¹V.: Díaz Bravo, Arturo. *Contratos Mercantiles*. ("Textos jurídicos universitarios"), 3a ed., México, Editorial HARLA, s.d., págs. 301.

¹²Gutiérrez y González, Ernesto. Op. cit., pág. 286.

El primer tipo de vicio es el error el cual puede presentarse en diversas formas²³:

I.- Error fortuito común *rectificable*:

- Aritmético
- Material
- De concepto

Este tipo de error no afecta a la existencia o validez del contrato, pues basta con rectificar para salvar el error; motivo por el cual sólo hacemos referencia sin analizarlo.

II.- Error fortuito común *de hecho obstáculo*:

Este tipo de error es un vicio tan grande de la voluntad, que cuando se presenta no se considera perfeccionado el consentimiento y, trae como consecuencia la inexistencia del contrato.

El tema del error obstáculo es de suma importancia en el análisis de nuestro contrato, pues anteriormente hemos desligado a la Asociación en Participación de las sociedades basándonos preponderantemente en la voluntad originaria, por lo que si esta voluntad es afectada por un vicio de la magnitud del llamado *error obstáculo in negotio*, que se presenta:

"...cuando cada una de las partes que pretenden celebrar un contrato, cae en el error de creer que celebran un contrato diverso al que piensa celebrar la otra. No hay por lo mismo coincidencia de voluntades y no se puede integrar el consentimiento"²⁴.

²³Ibidem, ver todo lo relativo a vicios del consentimiento.

²⁴Ibidem, pág.291.

Este tipo de error trae como consecuencia la inexistencia del contrato.

La manera de salvar este obstáculo es realizar un clausulado en el que indubitablemente se infiera que el contrato a celebrar es de Asociación en Participación, y para conseguir que las voluntades no caigan en este tipo de error, se tendrá que ser muy exhaustivo en la redacción del contrato, incluyendo expresamente cláusulas esenciales, naturales y accidentales, de modo tal que no haya dudas que el contrato que se celebra es de Asociación en Participación, y no se pretende mediante ese contrato constituir una sociedad, ni una nueva persona moral. además, la calidad de los contratantes, parte asociada y parte asociante, deberá estar bien determinada, al igual que se debe procurar ser lo más preciso en cuanto a las aportaciones y a la participación en las ganancias (o en su caso las pérdidas). Así podemos enumerar otras tantas cláusulas que nos sirvan para demostrar que la voluntad no tiene vicios, pues de un contrato tan expreso será difícil deducir un error en la voluntad de las partes al otorgar su consentimiento.

Tenemos además del error *in negotio*, otro error fortuito de hecho obstáculo llamado *in rem*, y "lo hay cuando las partes caen en el error respecto de la identidad del objeto materia de la prestación en el contrato"³¹. Causando, al igual que el error *in negotio*, la inexistencia del contrato por vicio en el consentimiento de las partes.

³¹Ibidem.

Hay algunas hipótesis que se pueden presentar en un contrato de Asociación en Participación; v.g. cuando un asociante le ofrece una buena participación en las utilidades de un negocio (p.e. la construcción de una presa) a un asociado, pidiéndole como contraprestación que aporte los servicios de los cinco trascavos que tiene en Avenida Hidalgo, pero el asociado tiene cinco trascavos en A. Hidalgo Coyoacán y otros cinco en Av. Hidalgo en el centro de la ciudad, siendo los de Coyoacán muy pequeños y los del centro muy grandes. El asociante piensa que los trascavos que le enviarán serán los grandes y el asociado piensa que tiene que enviar los pequeños, pues con ellos son con los que el cree que se comprometió²⁶. El ejemplo anterior, del llamado error *in rem*, al afectar la cosa objeto principal del contrato acarrea la inexistencia de dicho contrato.

Tenemos también otro error que no afecta a la existencia del contrato, pero si afecta a la validez del mismo, este vicio es conocido con el nombre de *error fortuito común de hecho nulidad*. El Código Civil en su art. 1813 nos dice:

"El error de derecho o de hecho invalida el contrato cuando recae sobre el motivo determinante de la voluntad de cualquiera de los que contratan, si en el acto de la celebración se declara ese motivo o si se prueba por las circunstancias del mismo contrato que se celebró éste en el

²⁶Este ejemplo parafrasea al que da el Maestro Gutiérrez y González al respecto. Tal vez parezca exagerado pero hay que tomarlo como lo que es, o sea, un ejemplo entre muchos otros posibles con relación a los problemas que suscitan muchas veces los contratos.

falso supuesto que lo motivó y no por otra causa".

Por tanto si se forma el consentimiento, pero este esta afectado de un vicio de validez, el cual puede provocar la nulidad del contrato.

Como ejemplo de este error nulidad: Un asociante pacta con un asociado que este último le aporte 10 computadoras AT, porque el asociante quiere emplear en la negociación un equipo más moderno que sus anteriores computadoras XT (recordemos que las AT son una generación más nueva y veloz que sus antecesoras XT), circunstancia que consta por escrito en el contrato, el asociado le envía las 10 computadoras marca AT (digamos marca "patito"), el asociante las ve, las recibe, las empieza a operar y, piensa que son muy modernas porque el tablero es digital, además, da y recibe ordenes orales (tal vez corresponde un sic), pero es tan lenta como sus antiguas XT y es que el logotipo que ostentan sus maquinas son la marca AT, pero su calidad no la es, y como el asociante celebró el acto sobre el supuesto de que obtendría computadoras más veloces, procederá la nulidad relativa.

Otro de los tipos de errores es el llamado *error fortuito común de Derecho*:

"se presenta cuando una persona tiene una falsa creencia sobre la aplicabilidad de una norma legal, o sobre su interpretación, esto es, respecto de una regla jurídica aplicable al contrato"³⁷.

³⁷Gutiérrez y González, Ernesto. Op. cit. pág. 297.

En nuestro contrato se puede presentar debido a alguna confusión, pues las personas pueden creer estar regidos por normas que en realidad atañen a otros tipos de contratos. V.g. En un contrato de Asociación en Participación, el asociado se compromete a una cláusula que dice: "El asociado responderá subsidiaria y solidariamente frente a terceros por así prescribirlo las leyes". Pero resulta que la LQSM en su art. 256 correspondiente a la Asociación en Participación dice: *"El asociante obra en nombre propio y no habrá relación jurídica entre los terceros y los asociados"*. Ahora bien, dado que en la cláusula-ejemplo se declara expresamente el error de derecho, estamos en lo señalado por el art. 1813 del Código Civil, lo cual afecta de nulidad relativa a dicho contrato, por un vicio en la voluntad de uno de los contratantes.

Vimos el llamado error fortuito, pero existe un error provocado que también produce la nulidad del contrato cuando recae en lo principal de éste, y cuando recae en lo incidental se tiene el derecho de ajustar el valor de la prestación.

OBJETO, MOTIVO O FIN LICITOS

Hemos visto los dos primeros requisitos de validez del contrato, capacidad y voluntades libres de vicios, ahora apuntaremos las características principales del tercer requisito de validez: Un objeto, motivo o fin lícito.

En el apartado correspondiente a los elementos de existencia del contrato, analizamos las tres acepciones que se le dan al llamado objeto del contrato, o sea, crear y transmitir derechos y obligaciones; una segunda concepción es la prestación de realizar una conducta de dar, hacer o no hacer; y una tercera es la cosa material que una persona esta obligada a dar.

En el momento en que se trató el objeto como elemento de existencia vimos que debía de cumplir con lo prescrito por el art. 1825 del Código Civil: *"La cosa objeto del contrato debe: 1o Existir en la naturaleza; 2o Ser determinada o determinable en cuanto a su especie; 3o Estar en el comercio"*. Además cuando se trata de un hecho el art. 1827 nos dice: *"El hecho positivo o negativo, objeto del contrato, debe ser: I. Posible; II. Lícito"*. El numeral transcrito atañe tanto a un elemento de existencia como a un elemento de validez, ya que el hecho debe ser posible para que el contrato pueda existir y, en cuanto a la segunda fracción del artículo: la licitud del objeto no es un requisito para la existencia del contrato, ya que aunque se presente un objeto ilícito el contrato puede existir, pero desde luego que le faltará un requisito de validez para no poder ser afectado por algún tipo de nulidad.

En cuanto al objeto (requisito de validez) se habla únicamente de hechos, ya que no es posible referirse a objetos -cosas materiales- como lícitos o ilícitos.

Una vez que el objeto, consistente en prestar una conducta de hacer o no hacer, sea posible, tiene que cumplir con el requisito

de validez de licitud, de la cual nos habla, a contrario sensu, el art. 1830: "*Es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres*".

Dentro del tercer requisito de validez que estamos analizando tenemos además del objeto lícito, otro denominado: motivo o fin lícito. El motivo o fin es definido como "*la razón contingente, subjetiva, y por lo mismo variable de individuo a individuo, que lo induce a la celebración del acto jurídico*"⁸⁸.

En lo que respecta a la licitud ya anteriormente lo tratamos al transcribir el art. 1830, pero aquel se refería al objeto, y en cambio aquí nos referimos a la finalidad que se persigue al celebrar el acto jurídico. El Código Civil expresamente toca este punto en su art. 1831: "*El fin o motivo determinante de la voluntad de los que contratan tampoco debe ser contrario a las leyes de orden público ni a las buenas costumbres*".

Ya se verá en el caso concreto de cada contrato de Asociación en Participación si este cumple o no con este requisito, y esto es debido a la manera tan amplia en la que se puede presentar nuestro contrato, que más que referirse al contenido de los contratos se refiere a un recipiente en el que las operaciones de diversa índole toman forma jurídica.

⁸⁸Ibidem. pág. 282.

FORMA

Ya apuntamos en la parte correspondiente a los elementos de existencia del contrato, la manera en que se puede expresar la voluntad de las partes, en que casos es expresa y en que casos es tácita, vimos también la diferencia entre la pólita y la aceptación, el momento en que se perfecciona el consentimiento aunado a un objeto para así hacer que un contrato sea existente, pero ahora veremos la manera de externar el consentimiento como uno de los requisitos de validez del contrato.

La forma es el cuarto de los requisitos de validez al que hace referencia el art. 1795 en su fracción IV que a contrario sensu nos dice: Que el consentimiento se manifieste en la forma que la ley establece.

En el campo de la teoría se ha definido a la forma como:

"el conjunto de elementos sensibles que revisten exteriormente a las conductas que tienden a la creación, transmisión, conservación, modificación o extinción de los derechos y obligaciones y cuya validez total o parcial depende en cierta medida de la observancia de esos elementos sensibles, según lo exija la organización jurídica vigente"³⁹.

³⁹Ibidem pág. 263.

Dentro de la gran variedad de contratos tanto del ámbito mercantil como de otros campos del derecho, existe la división entre consensuales y formales.

Los consensuales permiten que el contrato exista y valga una vez que se ha dado el consentimiento entre las partes, o sea, con el puro acuerdo de voluntades se perfecciona y surte plenamente sus efectos el contrato entre las partes y ante terceros, sin tener que cumplir con la fracción cuarta del artículo 1795.

Los contratos formales, en cambio, necesitan para considerarse perfeccionados, exteriorizar las voluntades de la manera en que marca la ley, como lo señala el artículo 1795 en su fracción IV, en la mayoría de estos contratos, se exige que el consentimiento se plasme en algún documento, y así no poder ser afectado con nulidad, por no cumplir con uno de los requisitos legales de validez.

El requisito de formalidad, al vertirse en un documento, servirá como prueba de la existencia del contrato, ya que las partes al firmar dicho documento estarán haciendo tangible y determinable su voluntad para realizar un acto jurídico, pero además estarán cumpliendo con uno de los requisitos de validez del contrato, la forma, que no será considerada únicamente como prueba de un hecho, sino el hecho en sí. En el caso de la existencia del contrato el documento escrito será prueba de una conducta o un hecho anterior, dado que se referirá, en este caso, a la voluntad de las partes, pero, no es en sí la voluntad misma, sino una manera de exteriorizarla de tal forma que su comprobación sea casi indubitable.

Antes de pasar a ver lo que dice al respecto el Código de Comercio, transcribiremos algunos de los artículos concernientes a la forma, contemplados por el Código Civil, para así obtener una visión más completa sobre la forma en los contratos.

El Art.1832 del Código Civil dice:

"En los contratos civiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que para la validez del contrato se requieran formalidades determinadas, fuera de los casos expresamente designados por la ley".

Encontramos aquí el sustento de los contratos consensuales, pero además se fija la limitante a dicha consensualidad.

El siguiente numeral del Código es el que nos habla respecto a la invalidez de los contratos por carencia de forma, y dice el art. 1833:

"Cuando la ley exija determinada forma para un contrato, mientras que éste no revista esa forma no será válido, salvo disposición en contrario; pero si la voluntad de las partes para celebrarlo consta de manera fehaciente, cualquiera de ellas puede exigir que se dé al contrato la forma legal".

Por último transcribimos el art. 1834 que dice:

"Cuando se exija la forma escrita para el contrato, los documentos relativos deben ser firmados por todas las personas a las cuales se imponga esa obligación...".

Encontramos que existen diversas maneras de manifestar la forma:

LA FORMA SOLEMNE: En este tipo de contratos el consentimiento debe de externarse de la manera exacta que exige la ley, es decir, debe externarse la voluntad de las partes de un modo solemne, tal como precisa la ley, pues sino se cumple, el acto se verá afectado en los llamados elementos de existencia, lo cual no provocará la invalidez, sino la inexistencia del contrato⁴⁹.

LA FORMA PROBATORIA: Es cuando la ley exige que la voluntad de las partes se exteriorice de una manera escrita determinada. Esta forma se distingue de la solemne por que esta no acarrea la inexistencia cuando llega a faltar, pero si tiene como consecuencia que el acto sea nulo por carecer de un requisito de validez.

LA FORMA PUBLICITARIA: Que es definida por el jurista Gutierrez y Gonzalez como:

"Es la que tiene por misión hacer del conocimiento de personas interesadas, la existencia y realización de un acto jurídico...Tal es el caso de los certificados de las actas de Registro Civil que expide el Estado a petición de parte, para acreditar la existencia de un acto; es a tal grado importante esta forma que sin ella resulta en ocasiones difícil probar la

⁴⁹V. Ibidem, todo lo referente a la solemnidad como el tercer elemento de existencia en algunos contratos, p.e. El matrimonio, la subrogación etc.

existencia del acto, aunque desde luego, existe"⁴¹

Existen, además, otras formas como la llamada supletoria y la forma procesal, pero por no referirse directamente a nuestro contrato omitiremos su descripción.

Ahora bien, en cuanto al contrato de Asociación en Participación, la LGSM lo tipifica como un contrato formal, ya que a la letra el art. 254 dice: "*El contrato de Asociación en Participación debe constar por escrito y no estará sujeto a registro*". Dado que se exige que sea por escrito, estamos por tanto frente a la forma llamada probatoria, además expresamente, dicho artículo, libera a los contratantes de la exigencia de llevar acabo una formalidad publicitaria, al no requerir para su validez de registro alguno.

Como hemos visto en el contrato de Asociación en Participación, el fin, que envuelve la manera en que se debe externar las voluntades de las partes, es cumplir con la forma probatoria para así no caer en una de las hipótesis que pueden nulificar un acto, pero además, en nuestro contrato dicha formalidad se puede convertir casi en un elemento de existencia, debido a que de no existir un contrato escrito en donde se especifique que se trata de un contrato de Asociación en Participación, habrá la posibilidad de que una de las partes intente desvirtuar la asociación, para vincularla ya sea a un mutuo o a una sociedad (irregular) en nombre colectivo o a una sociedad

⁴¹Ibidem, pág. 270.

(irregular) en comandita simple, según convenga a sus intereses.

También es posible, si se omite dicho formalismo, que un tercero intente alguna acción, ya sea contra el asociado o el asociante, partiendo de la inexistencia o nulidad de la asociación, y también puede intentar, dicho tercero, que un juez los considere socios irregulares de alguna de los tipos de figuras societarias.

En el último caso que presentamos tendría el tercero que contar con la complicidad de una de las partes integrantes del contrato, pues sino, de otro modo las partes podrían otorgarse el contrato escrito y, de acuerdo al art. 2231 del Código Civil que a la letra dice: *"La nulidad de un acto jurídico por falta de forma establecida por la ley se extingue por la confirmación de ese acto hecho en la forma omitida"*, para subsanar así el vicio de nulidad con el que cuenta.

Desde luego que por tratarse de terceros se puede invocar el art. 2235 del mismo código que dice: *"La confirmación se retrotrae al día en que se verificó el acto nulo, pero ese efecto retroactivo no perjudicará a los derechos de tercero"*, pero aquí el problema se dará de hecho, pues como no es necesaria la formalidad publicitaria, o sea, el registro del contrato, las partes podrán otorgarlo con una fecha anterior al momento en que realmente lo están otorgando por escrito.

1.5. CLASIFICACION

MERCANTIL:

El fundamento de la mercantilidad del contrato de Asociación en Participación se desprende de la Ley General de Sociedades Mercantiles al definir dicho contrato en su artículo 252 dice:

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

Al hablar de operaciones de comercio, recordamos la amplia enumeración que hace el Código de Comercio sobre los actos de comercio en su artículo 75, en el cual aparte de enumerar hechos concretos que pasan a ser actos de comercio, en su fracción XXIV permite que por analogía se llegue a contemplar actos o situaciones no previstas en dicho numeral, pero que también son actos de comercio⁴².

⁴²Gutiérrez y González, Ernesto; Op. Cit., pág. 57. Define al acto de comercio siguiendo las ideas de A. Rocco, de la siguiente manera: "es todo aquel de intermediación en el cambio, del cual

Por lo tanto tenemos que el contrato de Asociación en Participación es acto de comercio por su origen, es decir, por ser actos provenientes de empresas o de negociaciones mercantiles, que le dan la calificación a sus actos por el sólo hecho de emanar de ellos, convirtiéndolos en actos de comercio subjetivos⁴³

También la mercantilidad de la Asociación en Participación la encontramos en la clasificación de los actos de comercio accesorios o conexos, cuya naturaleza depende del:

"acto absoluto o relativo del cual se derivan, por lo que la asociación de que nos habla el a. 252 de la LGSM, se incluye en esta categoría por depender su mercantilidad de que dicha asociación se realice con fines de comercio"⁴⁴.

El artículo antes mencionado se refiere específicamente a operaciones mercantiles, el mismo señala los fines que contempla dicha asociación y, delimita muy claramente la mercantilidad del contrato que nos ocupa.

resulten obligaciones para una de las partes o para ambas".

⁴³ver en cuanto a la clasificación de los actos de comercio a: Bolaffio, León; "Parte General: De los actos de comercio", en AAVV. *Derecho Comercial*. Coord. L. Bolaffio; A. Rocco; C. Vivante. Tomo I, Volumen I. EDIAR soc. anom. editores, Buenos Aires, Argentina; 1947.

⁴⁴Gongora Pimentel, Genaro; Acto de comercio; en el *Diccionario Jurídico Mexicano* (del Instituto de Investigaciones Jurídicas), Tomo I, México, Ed. Porrúa, 1985, Pág. 82. Cfr. con Bolaffio, León; op. cit., autor que no considera como especie a los actos accesorios o conexos.

TÍPICO:

La Asociación en Participación es un contrato típico, en virtud de estar regulado por todo el capítulo XIII de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

NOMINADO:

Además de ser típico, es un contrato que tiene un nombre específico, pues basta recordar las primeras líneas del artículo 252 de dicha ley: "*La Asociación en Participación es un contrato...*", y así, afirmar que es de los contratos que pueden ser clasificados como nominado"

BILATERAL:

De acuerdo con el art. 1836 del Código Civil que dice: "*El contrato es bilateral cuando las partes se obligan recíprocamente*", el contrato de Asociación en Participación se clasifica como bilateral, ya que en dicho contrato:

"Sobre esta clasificación de los contratos en nominados e innominados, Gutiérrez y González nos dice que se puede prestar a confusiones gramaticales, por lo que es más conveniente utilizar la clasificación alemana de contratos típicos y atípicos, que en realidad coincide con la esencia de los nominados e innominados.

"una persona, que se llama asociante, concede a otras u otras, que se denominan asociados (que si son varios configuran, sin embargo, una sola parte), que le aporten bienes o servicios, una participación en utilidades y pérdidas. Hay, pues, dos partes y solo dos, obligadas recíprocamente: en este aspecto, se trata de un contrato de cambio: el asociante a quienes se otorgan y transfieren sus bienes o servicios, se obliga, a cambio de hacer participe a su contra-parte de las utilidades y pérdidas que obtenga en la explotación de su empresa, o en la ejecución de una o varias operaciones comerciales"⁴⁴.

CONSENSUAL:

Esta clasificación de los contratos en consensuales se hace por oposición a los llamados contratos reales⁴⁵. Se dice que tiene el carácter de contrato consensual, ya que se perfecciona con el puro consentimiento de las partes sobre un objeto cierto, determinado o determinable, y surte sus efectos entre las partes y frente a terceros, sin necesidad de tradición (o entrega) de la cosa objeto del contrato.

⁴⁴Barrera Graf, Jorge. Op. Cit., pág. 236.

⁴⁵Los contratos reales toman su nombre de la palabra latina "res" que significa cosa, y en el Derecho Romano había tres contratos reales: comodato, depósito y prenda. En la actualidad erróneamente se le sigue llamando contrato real al contrato de prenda. Ver: Gutiérrez y González, Ernesto. Op. cit., págs. 197 y 198.

FORMAL:

En el apartado anterior la consensualidad del contrato se refirió al momento en que se perfecciona el contrato por la mera voluntad de las partes, pero ahora diremos que la Asociación en Participación es un contrato formal, tomando en cuenta la manera como deban externar su voluntad las partes. Esto atiende a la clasificación de los contratos en consensuales, formales y, solemnes.

La característica formal de nuestro contrato se desprende del art. 254 de la Ley General de Sociedades Mercantiles que dice: *"El contrato de Asociación en Participación debe constar por escrito y no estará sujeto a registro"*, y como apuntamos en la parte correspondiente a los requisitos de validez del contrato, si no se cumple con la formalidad que la ley impone, el contrato adolecerá de un vicio que lo puede afectar de nulidad.

TRASLATIVO DE DOMINIO:

Esta característica la encontramos enunciada en el art. 257 de la Ley General de Sociedades Mercantiles:

"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"

Como se desprende del anterior artículo, se puede incluir en el contrato una cláusula de reserva de dominio de bienes aportados por el asociado. También, puede el asociado trasladar al asociante el uso o goce de los bienes aportados, por el tiempo que se pacte en el contrato de asociación.

ONEROSO:

De esta clasificación nos habla el art. 1837 del Código Civil: "Es contrato oneroso aquel en que se estipulan provechos y gravámenes recíprocos; y gratuito aquel en que el provecho es solamente de una de las partes".

Se desprende que el contrato de Asociación en Participación es oneroso por fijar obligaciones y derechos para el asociante y para el asociado. El asociado debe de aportar bienes o servicios, por lo que recibirá una participación. El asociante recibe los bienes o servicios que aporta el asociado y, debe por consiguiente cederle

parte de las utilidades o pérdidas de la operación mercantil.

La siguiente clasificación que damos, en realidad es una subclasificación de los contratos onerosos.

ALEATORIO:

Sobre esta subclasificación el art. 1838 dice:

"El contrato oneroso es conmutativo cuando las prestaciones que se deben las partes son ciertas desde que se celebra el contrato, de tal suerte que ellas pueden apreciar inmediatamente el beneficio o la pérdida que les cause éste. Es aleatorio, cuando la prestación debida depende de un acontecimiento incierto que hace que no sea posible la evaluación de las ganancias o pérdida sino hasta que ese acontecimiento se realice".

Aunque existen autores que lo clasifican como conmutativo⁴, el contrato de Asociación en Participación, debe ser considerado aleatorio, pues, como hemos visto, tanto el asociante, como el asociado, participan en las utilidades o en las pérdidas (según sea el caso), por lo que se puede apreciar que existe incertidumbre. tal vez no en un primer momento, ya que las prestaciones pueden ser ciertas y determinadas, pues, el asociado aporta una cantidad y el

⁴V. Díaz Bravo. *Contratos Mercantiles*. Op. cit., pág. 272. Tal vez podamos encontrar un contrato de asociación en participación que tenga el carácter de conmutativo, pero este sería una excepción.

asociante se compromete a darle un porcentaje, pero, como en un segundo momento se depende de un acontecimiento incierto (los resultados de la operación o la negociación mercantil) y, existe la posibilidad de que haya pérdidas, dicho porcentaje puede no ser entregado como contra-prestación.

DE TRACTO SUCESIVO Y DE TRACTO DOBLE:

Cuando hablamos de *tracto* nos referimos a la duración, el tiempo, en que se realiza el acto jurídico. Comprende tres divisiones la clasificación de los contratos por el tiempo de realización y son: Los instantáneos; los sucesivos y los de prestaciones diferidas o tracto doble.

Como los de *tracto instantáneo* son contratos que en un solo momento se perfeccionan y se ejecutan, p.e. la compraventa al contado; por lo que podemos determinar que la Asociación en Participación no es un contrato de tracto instantáneo, debido a que nunca podrá perfeccionarse y ejecutarse en un mismo momento, ya que, como hemos visto, los bienes aportados por el asociado se emplearán para "*una negociación mercantil o una o varias operaciones de comercio*", las cuales se entiende que se efectuarán en un futuro, próximo o mediato, pero que al momento de celebrarse el acto, la contraprestación de parte del asociante no puede efectuarse, pues, se esta en espera de los resultados (utilidades o pérdidas) que produzca dicha negociación u operación.

Como es posible hacer un contrato de Asociación en Participación, en el cual, alguna de las partes o ambas, se obliguen a efectuar entre ellas prestaciones periódicas o continuas, que no permitan que el acto concluya en un solo momento, por lo que podemos clasificarlos en los contratos de *tracto sucesivo*.

Ahora bien, "*el contrato de prestaciones diferidas o de tracto doble es el que nace y se perfecciona en un momento, y se ejecuta y extingue en otro posterior*". En consecuencia, también nos es posible incluir a la Asociación en Participación dentro de los llamados contratos de *tracto doble* (o de prestaciones diferidas), si pensamos en un contrato en el cual el asociado aporta bienes o servicios y no vuelve a tener intervención hasta que, tiempo después, recibe su participación, por lo que dicho contrato tendría dos momentos: el de creación y perfeccionamiento y, posteriormente otro, el de ejecución y extinción.

PRINCIPAL:

Es principal por que su existencia no depende de otro contrato u obligación preexistente, aunque desde luego que puede existir otros actos accesorio a el. También es factible otorgar un contrato preparatorio, para celebrar en el futuro un contrato de Asociación en Participación.

⁴⁹Gutiérrez y González, Ernesto. Op. cit., pág. 205.

1.6. DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES

Una vez realizado un esbozo del contrato de Asociación en Participación a la luz de la teoría de los contratos, pasaremos a analizar los derechos y obligaciones enumerados por la Ley General de Sociedades Mercantiles. Para lo cual, transcribimos de nuevo el art. 252 del ordenamiento citado:

"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."

Del artículo anterior podemos extraer los principales derechos y obligaciones que señala este contrato mercantil. Para lo cual dividiremos los derechos y las obligaciones del asociado por un lado, y las del asociante por el otro.

El asociado al efectuar el contrato de Asociación en Participación, tiene como obligación aportar bienes o servicios a favor del asociante, para que este lleve acabo el negocio objeto del contrato. En lo referente a la aportación de bienes, es decir, la obligación del asociado de *dar*, debe cumplir con los requisitos

del artículo 1825 del Código Civil:

"la cosa objeto del contrato debe 1o Existir en la naturaleza;
2o Ser determinada o determinable en cuanto a su especie; 3o
Estar en el comercio".

Además, esta conducta de *dar* algún bien, puede realizarse de distintas maneras, como específicamente los señala el Código Civil en su art. 2011:

"La prestación de cosa puede consistir:

- I.- En la traslación de dominio de cosa cierta;
- II.- En la enajenación temporal del uso o goce de cosa cierta;
- III.- En la restitución de cosa ajena o pago de cosa debida."

Por lo tanto los bienes son susceptibles de aportarse, ya sea, en propiedad, uso, usufructo, etc. Pero es preciso que se especifique en el contrato la naturaleza de las aportaciones, pues de no pronunciarse al respecto se tendrán como entregadas en propiedad, como se desprende del art. 257 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, que a la letra señala:

"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."

Aparte de la aportación de *dar* bienes, el asociado puede aportar servicios, es decir, puede obligarse a hacer, y este hacer debe cumplir con lo que señala el art. 1827 del Código Civil: "*El hecho positivo o negativo, objeto del contrato, debe ser: I. Posible; II. Lícito*".

También, tiene el asociado y el asociante la obligación de otorgarse el contrato por escrito, como lo señala el art. 254 de la Ley General de Sociedades Mercantiles: "*El contrato de Asociación en Participación debe constar por escrito y no estará sujeto a registro*".

El principal derecho con que cuenta el asociado, dentro de un contrato de Asociación en Participación, lo señala el art. 252 que previamente hemos transcrito, y es el de tener una participación en las utilidades o en las pérdidas que genere el negocio o las operaciones de comercio.

Otro derecho a favor del asociado es el que limita su relación jurídica con terceros, por lo cual, no se tendrá, frente a ellos, responsabilidad solidaria de los actos realizados por el asociante, como se desprende del art. 256 de la Ley General de Sociedades Mercantiles: "*El asociante obra en nombre propio y no habrá relación jurídica entre los terceros y los asociados*".

En cuanto a las pérdidas, el asociado responde como máximo con la totalidad de sus aportaciones, como lo señala el art. 258 de la Ley General de Sociedades Mercantiles:

"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"

Como anteriormente hemos visto, el contrato de Asociación en Participación tiene como suplencia directa a las Sociedades en Nombre Colectivo, ya que así está estipulado expresamente por el art. 259 que a la letra dice:

"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".

Por lo tanto, tomando en cuenta las reglas referentes a las Sociedades en Nombre Colectivo, se desprende que el asociado tiene el derecho de revisar la actuación del asociante, y puede examinar la contabilidad, papeles, etc. Esta facultad la podemos encontrar enunciada en el art. 47 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, la cual dice:

"Los socios no administradores podrán nombrar un interventor que vigile los actos de los administradores, y tendrán derecho de examinar el estado de la administración y la contabilidad y papeles de la compañía, haciendo las reclamaciones que estimen convenientes".

Debido a la alta consensualidad con que cuenta el contrato de Asociación en Participación, es difícil prever muchas de las hipótesis, que mediante la voluntad de las partes, puedan aparecer como derechos para el asociado, por lo que solo hemos nombrado los derechos que expresa y directamente se desprenden de la ley.

Ahora bien, pasaremos a enumerar las obligaciones y derechos del asociante dentro de un contrato de Asociación en Participación, no sin antes apuntar que muchos de los derechos y las obligaciones del asociado, son obligaciones y derechos para el asociante.

El asociante tiene como principal obligación la enunciada por el art. 252: "... *concede... una participación en las utilidades y en las pérdidas de una negociación mercantil o de una o varias operaciones de comercio*".

El asociante es considerado el dueño del negocio, por lo que se entiende que al efectuar sus actividades obra en nombre propio, o sea, al obligarse con terceros lo hace por propia cuenta y, tiene que responder, él mismo con su patrimonio, del total de las obligaciones que fuesen creadas a raíz de un contrato de Asociación en Participación. Esto lo prescribe el art. 256 del multicitado ordenamiento: "*El asociante obra en nombre propio y no habrá relación jurídica entre los terceros y los asociados*".

En el capítulo referente a las Sociedades en Nombre Colectivo, encontramos otra de las obligaciones del asociante, la cual es el rendir informe sobre la administración de la asociación, esto lo señala la Ley General de Sociedades Mercantiles en su art. 43:

"La cuenta de administración se rendirá semestralmente, si no hubiere pacto sobre el particular, y en cualquier tiempo en que lo acuerden los socios".

La carga procesal activa y pasiva corresponde en exclusiva al asociante, como lo señala el maestro Díaz Bravo:

"La legitimación procesal activa y pasiva, en caso de juicio en el que versen operaciones, bienes o derechos relacionados con la a. en p., corresponden exclusivamente al asociante"

Otra de las obligaciones del asociante, aunque no las señale expresamente el capítulo de la Asociación en Participación, es desempeñarse dentro del negocio de la manera más óptima que le sea posible, actuar de buena fe y conforme a los lineamientos que se desprenden de la naturaleza del contrato de Asociación en Participación. Estas obligaciones aunque no se especifiquen dentro del clausulado, se da por supuesto que son implícitas a él, pues de esa manera lo señala el Código Civil en sus art. 1796:

"...Desde que se perfeccionan (los contratos), obligan a los contratantes no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conforme a la buena fe, al uso o a la ley".

Y en su art. 1839:

"Los contratantes pueden poner las cláusulas que crean convenientes; pero las que se refieran a requisitos esenciales

del contrato o sean consecuencia de su naturaleza ordinaria, se tendrán por puestas aunque no se expresen, a no ser que las segundas sean renunciadas en los casos y términos permitidos por la ley".

En cuanto a los derechos del asociante, podemos encontrar, en el art. 252 previamente citado, que el asociante tiene como derecho a recibir, generalmente a título de propietario, los bienes, o beneficiarse por los servicios que preste el asociado, y desde luego que tiene el derecho de participar conjuntamente, según las proporciones pactadas o establecidas por el art. 16 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, de las utilidades o pérdidas de la negociación mercantil u operaciones de comercio.

Después de haber especificado algunas de las obligaciones y derechos de las partes, podemos apreciar, que es necesario, al celebrar un contrato de Asociación en Participación, realizar un clausulado lo más exhaustivo posible, pues de otra manera, podríamos vernos afectados por la ambigua suplencia de las Sociedades en Nombre Colectivo, además, siempre será mejor tener bien delimitadas las obligaciones y los derechos entre las partes, haciendo uso de las facilidades consensuales que brinda este contrato.

1.7. TERMINACION

DISOLUCION Y LIQUIDACION

Es de esperarse que en el clausulado de un contrato de Asociación en Participación se prevea la forma y las hipótesis con las cuales el contrato se puede rescindir o considerarse terminado, ya sea por llegar a determinada fecha pactada para el término de la relación contractual, porque se efectúe el negocio para lo cual fue creada dicha asociación, o se este en alguna de las causas que se pactaron como rescisorias del contrato.

Ahora bien, si en el contrato se omite incluir una cláusula que prevea la manera de rescindir, disolver o liquidar la asociación, estaremos en lo previsto por el art. 259 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, que a la letra señala:

"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"

Como el artículo que antecede nos remite a las Sociedades en Nombre Colectivo, transcribimos el art. 50 de la Ley General de Sociedades Mercantiles:

"El contrato de sociedad podrá rescindirse respecto a un socio:

I. Por uso de la firma o del capital social para negocios propios;

II. Por infracción al pacto social;

III. Por infracción a las disposiciones legales que rijan al contrato social;

IV. Por comisión de actos fraudulentos o dolosos contra la compañía;

V. Por quiebra, interdicción o inhabilitación para ejercer el comercio."

En los contratos de Asociación en Participación, como anteriormente vimos, no existe firma, ni capital social, por lo que en estricto no se puede aplicar la primer fracción del artículo en cuestión. Sobre la segunda y tercera fracción se puede argumentar que, si bien no existe un pacto y un contrato social, sí existe un pacto o contrato que le da existencia a una relación asociativa, por lo que al haber incumplimiento de alguna de las partes, podemos pensar en la posibilidad de encontrarnos frente a una hipótesis de rescisión. En la fracción cuarta, se debe de sustituir el concepto de compañías, y hablar de actos fraudulentos o dolosos por parte del asociante o asociado, en daño o perjuicio, ya sea el caso, del asociado o asociante. Y en cuanto a lo prescrito por la fracción quinta, sería el caso de un asociante que se ve inhabilitado para ejercer el comercio, por lo que podría estar impedido para llevar

acabo el contrato de asociación, y se tendría que rescindir dicho contrato.

Podemos observar que el artículo 50 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, no hace ningún pronunciamiento que específicamente rija a los contratos de Asociación en Participación, por lo que la terminación de este tipo de contratos mercantil tendrá que seguir las reglas del derecho común, pero habrá que tomar en cuenta las tres primeras fracciones del artículo 229 de la misma ley, que de alguna manera nos da los lineamientos para terminar un contrato:

"Las sociedades se disuelven:

- I. Por expiración del término fijado en el contrato social;
- II. Por imposibilidad de seguir realizando el objeto principal de la sociedad o por quedar éste consumado;
- III. Por acuerdo de los socios tomado de conformidad con el contrato social y con la ley..."

Si bien, este numeral se refiere directamente a las figuras societarias, se podría tomar en cuenta para resolver un problema relacionado con la Asociación en Participación. Pero habrá que hacer énfasis en la consensualidad de la Asociación en Participación e intentar basar toda interpretación de la misma en su propio clausulado o en su naturaleza asociativa, tomando en cuenta el cumplimiento de las obligaciones contraídas por las partes y la finalidad que dicho contrato persigue.

CAPITULO SEGUNDO

EL CONTRATO DE JOINT VENTURE

2.1. INTRODUCCION

Debido a la gran interrelación existente, y que día a día se va incrementando, entre los Estados Unidos de América y nuestro país, tenemos que empezar a familiarizarnos y compenetrarnos en las formas jurídicas empleadas por dicho país, pues, de no ser así, los problemas de comunicación y entendimiento en el plano jurídico, se traducirían en litigios y desavenencias, que fatidicamente afectarían las relaciones entre los particulares de las respectivas naciones, hasta el grado de convertirse en un problema de Estado, que por lo consiguiente trastornaría las relaciones comerciales de ambos países.

No podemos, por lo tanto, permanecer estáticos en el ámbito jurídico, ya que los cambios del mundo dejarían muy rezagadas y

obsoletas a las instituciones jurídicas, por lo que el derecho debe responder, y tener como referente, la realidad y la convivencia fáctica de las personas, por lo cual se debe ir adaptando a las transformaciones, y ser, además, factor de tales transformaciones, cuando estas reflejen intereses que de una u otra manera se consideren necesarios para el desenvolvimiento, preservación y desarrollo de los pueblos.

Desde la segunda mitad del siglo XX hemos podido observar, que el mundo ha tendido a la integración en todos los ámbitos, sobresaliendo el campo de lo económico, por lo que hemos presenciado el nacimiento de algunas regiones comerciales como la comunidad económica europea y la cuenca del pacífico, así como convenciones internacionales, cuya finalidad es la regulación e integración armónica de los países signatarios, ya sea en aspectos preponderantemente políticos o económicos y, también, en algunos casos, culturales y sociales.

En lo que respecta a nuestro país, es inminente la integración con los dos colosos de América del Norte, ya desde muchas décadas atrás, el vínculo con los Estados Unidos de América ha sido la relación más importante, de país a país, que ha tenido México, pero, en estos últimos años lo que se ha intentado, y en cierta manera logrado, es la integración formal, con todo lo que conlleva dicho concepto; como es el reglamentar jurídicamente las relaciones comerciales entre países y entre particulares; el crear acuerdos para el desarrollo y la convivencia eficaz y pacífica, y el aprobar mecanismos que logren dar respuesta a los problemas que se puedan

presentar en dicha interrelación, son algunos de los aspectos que en los últimos años se han abordado en la política exterior de ambos países.

En el plano de lo jurídico, el derecho de los Estados Unidos de América, pertenece a una familia que los teóricos del derecho comparado denominan *Common Law*, en cambio a nosotros nos atribuyen pertenecer a la Romano-Germánica (*Ius Civile*)⁴⁰. Motivo por el cual, se dificulta la creación de leyes, llamadas por ellos *acts*, que regulen las relaciones comerciales de dichos países de una manera uniforme y clara, con significado y trascendencia análoga. Leyes que logren responder con las necesidades de cada país y, con las instituciones⁴¹ ancestrales que son consideradas Derecho, y por lo mismo están arraigadas muy hondamente en nosotros, determinando en gran medida nuestra manera de actuar y pensar⁴²

Ahora bien, para superar ese problema, tendremos, en algunos casos, que intentar atar los mayores cabos posibles, procurar el mejor y adecuado tratamiento a las figuras específicas, ya sea recurrir a subsumir tipos de la legislación ajena o intentar analogías y síntesis, que peligrosamente pueden convertirse en

⁴⁰ También se habla de una tradición Romano Canónica o más simplemente *Derecho Continental Europeo*.

⁴¹ Los sistemas anglosajones más que hablar de instituciones, prefieren hablar de acciones y, dándole por tanto preponderancia al derecho adjetivo, en contra posición a nuestro derecho que tiende a definir las instituciones en un derecho eminentemente sustantivo.

⁴² podemos hablar en un nivel más profundo, de un arraigo tal, que nuestro sentir y nuestro ideal de justicia es más cercano al de nuestro propio sistema (de seguridad jurídica), que al norteamericano (de responsabilidad).

síncresis, pero éste será un riesgo que se deberá correr en pos del desarrollo y la agilidad en el intercambio comercial.

Aunque el tema principal de esta tesis es el contrato de asociación en participación, abordaremos en este capítulo algunas figuras jurídicas del derecho norteamericano, para así hacer un parangón con el contrato que nos ocupa.

La necesidad de tratar la asociación en participación a la luz de un derecho "ajeno" al nuestro, es debido al desuso en el que ha caído nuestro contrato, pues se han ido adoptando contratos nominados o innominados que aunque a veces compartan las mismas características y fines de nuestro contrato, lo han ido marginando, ya sea en lo formal, nombrándolo de otra manera, o en lo substancial.

Dicha marginación es debida a diversos factores, de los que podemos destacar: El *boom* que en la segunda mitad del presente siglo han tenido las empresas trasnacionales¹³, empresas que además de haber traído capital extranjero y tecnología, nos han exportado, en algunos casos, sus estructuras y organizaciones jurídicas¹⁴. Pero existe además otro factor determinante que no debemos olvidar, y es el que se desprende de pertenecer a una familia jurídica basada en rígidas codificaciones, que lenta y difícilmente se van

¹³En el caso de México son preponderantemente norteamericanas.

¹⁴Podemos nombrar algunos contratos que se encuentran en estos momentos en auge como el *Laising* o Arrendamiento financiero; el *Factoring* o Factoraje financiero; los *Holdings* o empresas controladoras y, desde luego, el *Joint Venture*. Contratos que han sido creados o han tenido un anticipado desarrollo en Estados Unidos, y posteriormente han prosperado o los ha ido adoptando nuestro país.

adaptando a los cambios, como es el caso de nuestro Código de Comercio que fue publicado en 1889 y leyes como la Ley General de Sociedades Mercantiles de 1934. En contraposición nos enfrentamos a un Derecho norteamericano flexible, pragmático, y cambiante, fincado en pos de la expansión económica.

Las instituciones jurídicas creadas por un código del siglo XIX, deberán ser revisadas y cuestionadas a la luz de las tendencias empresariales de este siglo, para así empezar con el proyecto jurídico del siglo XXI.

En lo que respecta al Derecho Mercantil, podemos apreciar algunas instituciones que van tomando un lugar preponderante en el discurso jurídico, como ejemplo tenemos el auge que en los últimos años ha tenido el llamado arbitraje comercial, que en el caso de los contratos internacionales se ha convertido en una cláusula casi indispensable, trayendo como consecuencia la celebración de tratados entre diferentes países, con el objeto de regular el procedimiento arbitral y el cumplimiento de los laudos que emita. Paralelamente a los tratados, han surgido organismos privados de carácter internacional, que han creado reglamentos del procedimiento arbitral y además, ellos mismos pueden ser designados para fungir como árbitros, y dirimir así las controversias entre las partes en conflicto". Este ejemplo refleja un cambio de fondo,

"Tenemos como ejemplo de instituciones que han creado reglas y organismos de carácter arbitral: La Cámara de Comercio Internacional; La Comisión Interamericana de arbitraje comercial; y por parte de Naciones Unidas: la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (United Nations Commissions on International Trade Law, conocida como UNCITRAL), que ha elaborado un Reglamento de Arbitraje Internacional y una Ley

pues, el Estado para lograr el cumplimiento del derecho, ha tenido que ceder a los particulares una parte de su imperio o jurisdicción, para alcanzar niveles más eficientes y eficaces de impartición de justicia.

Otra de las tendencias jurídicas que han llevado al cambio sustancial en los tiempos recientes, es la legislación concerniente a la inversión extranjera. Son cada vez más los países que reforman sus antiguas leyes de inversión, cuyas regulaciones se basaban en el proteccionismo doméstico, que limitaba y ponía trabas al por mayor a toda inversión de procedencia extranjera. Ahora, la inversión extranjera se ha convertido en una piedra angular en el desarrollo de muchos países. Vemos como los antiguos obstáculos que se imponían se van derogando, hasta el grado de orillar a los Estados a replantearse algunos conceptos fundamentales como el de Soberanía.

Existen varias instituciones, aparte de las antes mencionadas, que van marcando el cambio de rumbo, tanto en lo económico como en lo jurídico, pero en este capítulo nos ocuparemos de una de las figuras que más han trascendido y penetrado en el las relaciones empresariales mundiales, el llamado contrato de Joint Venture.

Para poder analizar el contrato de Joint Venture, a la luz del Derecho mexicano, tendremos, primero, que superar la diferencias existentes entre la concepción del *Common Law* y el *Ius Civile*. Después pasaremos a desarrollar someramente algunas figuras que en

el derecho Estadounidense son afines al contrato de Joint Venture y, por último abordaremos la teoría referente a los Joint Ventures, enumerando los tipos y desarrollándolos, para así confrontar posteriormente dicho contrato con el contrato de asociación en participación.

2.2. ORIGEN

En el punto anterior hablamos de la tendencia hacia la integración mundial. Dicha integración ha afectado directamente el marco jurídico, de forma tal que muchos países han tenido que asimilar nuevos conceptos, para lograr así una integración, que de no considerarla los dejaría al margen del desarrollo postindustrial.

Desde luego que la palabra integración no se debe entender como la panacea para el bienestar de los países, más bien, debemos considerar que debido al desarrollo tecnológico de algunos países por un lado y, el subdesarrollo, en ese aspecto, de la gran mayoría de los demás países, existe una relación casi de subordinación de los segundos con los primeros, subordinación que sólo se logra ver atenuada por la "coexistencia pacífica y libre autodeterminación de los pueblos"; o por factores tales como la dependencia de los países altamente desarrollados para la obtención de materia prima procedente en muchos de los casos de los países subordinados tecnológicamente". La integración es una necesidad tanto del país

"Es muy delicado dividir el mundo en desarrollados y subdesarrollados, ya que es fácil contraoponer ejemplos como el del propio México, que por más que algunos se empeñan en clasificarlo como "sub", o sea, del brazo de Etiopía, Somalia, Mozambique, Chad, Bangladesh, Mongolia, Haití etc. (el etc. comprende alrededor de otros 100 países), a la vista salta que es más sensato ubicarlo en un lugar más cercano a los países desarrollados.

rico, como del pobre, pero el más beneficiado, la mayor de las veces, será el país que aporta el capital, el concepto, la tecnología, la organización, el *Know How*. En contraposición el menos beneficiado será, casi siempre, el que aporta la materia prima, la mano de obra.

Es difícil la situación que tiene que afrontar México, al ser vecino geográfico de los Estados Unidos, al ser uno de sus principales clientes, al ser su principal abastecedor de materia prima y de mano de obra barata. No podemos ignorar esa gran interdependencia, al igual que es fácil darse cuenta cual es el país que impone la mayoría de las condiciones. Pero aun así, México no tiene otra opción, pues un país basado en una economía interna se ha visto que le es difícil salir adelante, además, las modernas guerras entre los países más "civilizados" son las comerciales, por lo que los países se ven obligados a permitir la penetración económica de los países más poderosos, pues el oponerse podría atraer un bloqueo comercial y sanciones internacionales que producirían una crisis económica, para el país bloqueado.

México debe luchar por no verse tan directamente afectado por presiones externas en lo que respecta a lo político, social y cultural. Se debe buscar negociaciones en las que se contemplen cargas y beneficios equilibrados para ambos países.

El ámbito político-económico, es una relación de poder, pero esto no significa que así deban ser tratadas las relaciones jurídicas de los norteamericanos con los mexicanos, pues esto sería realmente una guerra. Las relaciones de los entes llamados Estados

afectan directamente a los particulares, pero al ser el Estado un concepto, puede dársele un tratamiento, digamos, más rudo a niveles de Ciencia Política, y así es como podemos hablar de terminos como dominación y poder, sin que esto se convierta en una crítica capaz de desatar un conflicto, ni obstaculice las relaciones entre los países. Pero en el momento en que abordamos a las personas concretas, a los sujetos reales de Derecho, debemos de procurar la mayor armonía en su interrelación. No podemos hablar únicamente de factores de poder, pues el objetivo es el desarrollo económico (Agregamos político, económico, social y cultural), por lo que se debe perseguir puntos de confluencia y no de divergencia, como sería el hablar de dominador-dominado.

En el campo de lo jurídico tenemos que partir de la igualdad de las personas frente a la ley y ver en el derecho una herramienta armonizadora y organizadora de las relaciones humanas y en especial de las relaciones comerciales. Debemos de pensar que es la manera más civilizada para hacer cumplir lo pactado en un negocio, o sea la forma de exigir el cumplimiento de una obligación que tiene una persona frente a nosotros o vice versa. También es una manera de organizar y planear el desarrollo de las empresas y su funcionamiento, al igual que nos permite llegar a acuerdos sobre el reparto de ganancias producidas por actividades económicas, etc.

Ahora bien, ya hace algunos años que el jurista Oscar Rabasa apuntó las razones por las cuales es necesario el estudio de la doctrina referente al Derecho Anglosajón, haciéndonos ver el error que cometemos al considerar como totalmente ajeno dicho Derecho:

"El sistema de jurisprudencia que crearon los romanos y que cristalizó en el Corpus Iuris Civilis, difundido y perfeccionado por los glosadores y comentaristas del Renacimiento en toda Europa, y de ahí transmitido por España a sus colonias en el continente americano, es el origen y la fuente, ciertamente, del derecho privado que en México y toda la América Latina establece y regula los derechos subjetivos de las personas. La legislación civil, mercantil y penal, y el derecho procesal en general, de estos países sigue la corriente inicial romana y europea, y nuestras instituciones jurídicas fundamentales están y continúan siendo modeladas conforme a esta gran rama del derecho universal... Pero si el sistema romano es la base de la organización jurídica de nuestro derecho privado, en cambio el anglosajón, es la fuente original del derecho constitucional y de las instituciones políticas de México... El derecho anglosajón estableció los fundamentos del régimen constitucional, de los derechos individuales y del procedimiento para protegerlos, primero en Inglaterra y después en Estados Unidos, de donde, transformados por el sistema constitucional y político de este último país, pasaron al régimen de derecho público de las naciones latinoamericanas... De modo que, a partir de su nacimiento como Estados soberanos, México y las repúblicas latinas de este Continente se rigen realmente por los dos grandes sistemas jurídicos universales antes mencionados: sus instituciones de derecho privado se norman por el modelo

romano-europeo; las de derecho público, esencialmente en el aspecto constitucional y administrativo, siguen la influencia del sistema anglosajón. Y para unir el funcionamiento de los dos tipos fundamentales de Derecho hubo necesidad, en México, de crear un procedimiento especial capaz de ligarlos: el juicio de amparo, que hace extensivo el régimen constitucional de origen anglosajón a la protección de los derechos privados que se rigen conforme al sistema jurídico romano⁴⁷.

La herencia anglosajona en nuestra Constitución es indudable. Aunque hay que agregar que aun así, las diferencias con el sistema estadounidense son abundantes, y algunas de estas diferencias son obstáculos casi insalvables para lograr un acercamiento y total entendimiento jurídico entre ambos países.

El mismo autor nos habla de la necesidad de estudiar el Common Law⁴⁸ o derecho angloamericano en específico:

⁴⁷Rabasa, Oscar. *El Derecho Angloamericano*. 1a ed..México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1944. págs. 19 y 20.

⁴⁸"...el término *common law*, en Inglaterra y en los Estados Unidos, no se refiere a la legislación de carácter general en contraposición con preceptos especiales, sino que tiene cuatro connotaciones perfectamente definidas...se emplea para designar: a) El derecho angloamericano en su totalidad, distinto del sistema jurídico romano y sus derivados tanto en Europa como en América, así como de los demás sistemas en el mundo. b) El elemento casuístico del derecho angloamericano, constituido por los precedentes judiciales, o sea, la jurisprudencia de los tribunales angloamericanos, a distinción de las leyes promulgadas formalmente por el legislador. c) El derecho formado por las decisiones y precedentes judiciales aplicados por los clásicos tribunales ingleses llamados *common law courts* (*King's Bench*, *Common Pleas* y *Exchequer*) y los modernos tribunales de igual categoría tanto en Inglaterra como en los Estados Unidos, en contraposición con el derecho constituido por la jurisprudencia de los tribunales de

"la penetración e influencia del sistema jurídico anglosajón, en los países latinoamericanos y especialmente en México, es un hecho que no puede ser desconocido, tiempo es ya de que se estudien y conozcan, aunque sea de un modo general, en nuestro medio, los aspectos fundamentales de ese sistema, no sólo con la mira de aplicarlo correctamente cuando lo reproducimos, sino ante todo, y debemos advertirlo francamente, para precavernos a tiempo de sus efectos inconvenientes, adoptando lo que de bueno tiene para nuestro régimen jurídico nacional, y oponiendo contra la penetración de sistemas extraños no adaptables al medio, las instituciones propias de nuestro derecho, renovado y vigorizado"⁴⁴

Si esto pensaba Rabasa en 1942 cuando pronunció sus conferencias durante los curso de invierno en la Escuela Nacional de Jurisprudencia, huelga decir, ahora que ya es casi un hecho la integración formal con los dos países del norte mediante el Tratado de Libre Comercio, que la necesidad actual no es simplemente estudiar una visión panorámica, sino que debemos profundizar en los aspectos que de alguna manera tienen más trascendencia en las relaciones de México con Estados Unidos.

Algunos de los temas que más atañen, ya sea a México como Estado o a sus particulares, y que debemos estudiarlos en los

Equity...d) El antiguo derecho de Inglaterra y en los Estados Unidos, a distinción de los preceptos introducidos en épocas recientes, por la legislación o la jurisprudencia". Tomado de Rabasa, Oscar. Op. Cit., págs. 25 y 26.

⁴⁴Ibidem, págs. 20 y 21.

precedentes, legislación, doctrina y costumbre estadounidense son: El *precedent*; el *Act*; las *board commissions*; la competencia desleal; el cumplimiento de sentencias extranjeras; el *Trust*; la *Corporation*; las *Unincorporated*; los contratos; la jurisdicción; el *Tort*; el *Estoppel*; las diferencias entre *Equity* y *Common Law*; etc.

Desde luego que la enumeración anterior es parcial e incompleta, pues tan sólo es un esbozo asistemático que nos ayuda a pensar en el sinnúmero de instituciones o figuras con existencia paralela, en algunos casos, o inconmensurable en otros. Pero para poder concluir cuáles son las figuras asimilables y cuáles no, se tendrá que ir agotando el estudio de cada una de ellas, lo cual es imposible realizarlo en este trabajo, por lo que únicamente nos avocaremos a una de los contratos norteamericanos que presentan un mayor parangón con nuestro contrato de asociación en participación, además de ser en la actualidad uno de los contratos asociativos más difundidos, y al que las empresas, sobretudo en contrataciones internacionales, recurren con más frecuencia: El contrato de *Joint Venture*⁴⁴.

Este contrato por la gran aceptación que ha tenido en los últimos años a nivel mundial, ha sido objeto de diversos estudios dentro del derecho comparado, pero además ha sido tal su penetración en las negociaciones empresariales, que ya son varios los países que lo han definido y reglamentado en sus legislaciones.

⁴⁴Después de analizar los llamados *Joint Venture*, podremos percatarnos que *Joint Venture* es el género y dentro de él existen varias especies, p.e. el *Joint Venture Corporation*; el *Joint venture agreement*; etc.

Países tan apartados geográfica y comercialmente de los Estados Unidos, como es el caso de los antiguos Estados conocidos como del "Este", tienen previsto y regulado el funcionamiento de los Joint Ventures como parte de sus relaciones comerciales: En Bulgaria son reglamentados en 1989, pero ya en 1980 existía un decreto que las preveía. La ley actual permite que los inversores extranjeros sean propietarios totalmente de compañías que operen en ese país. En Checoslovaquia en lo que respecta a los Joint Venture fueron considerados por Acta de 1988, la cual habla de empresas con participación extranjera. En Hungría en 1977 se autorizó el Joint Venture, pero posteriormente fue reformado, hasta 1988 en donde se concibe la posibilidad de la inversión extranjera mediante los Joint Ventures. En Rumania se autorizó desde 1971 la formación de Joint Ventures entre empresas nacionales con firmas extranjeras; y en 1976 se exentó de impuestos los bienes importados para uso exclusivo de los Joint Ventures. En la Ex-Unión Soviética son varios los decretos que los regularon a partir de 1987 y en 1988 dicha regulación es más detallada. En otro país en donde tuvo una gran acogida este contrato es la extinta Yugoslavia.

Pero además tenemos ejemplos de la asimilación de los Joint Ventures en América Latina, como es el caso de Argentina que en su ley 22.903 del año 1983 creó las llamadas U.T.E. (uniones transitorias de empresas)⁴¹, que tienen como antecedente uno de los

⁴¹UNIONES TRANSITORIAS DE EMPRESAS: Son entidades formadas mediante contratos, para desarrollar o ejecutar conjunta y coordinadamente una obra, servicio o suministro determinados y concretos relacionados con el objeto de los contratantes. No configuran sociedades, su actividad se proyecta en el mercado.

tipos de contrato de Joint Venture³³

Como hemos podido ver, la figura nominada como Joint Venture es tan flexible y amplia, que ha podido ser utilizada y hasta legislada en países pertenecientes a distinto sistema jurídico que el de su origen. Pero en México aún no pasa a formar parte de su legislación, aunque sabemos que son muchas las empresas que en la actualidad se sirven de ese instrumento para formar una asociación ya sea para una inversión conjunta, alguna promesa de contrato societario, alguna licitación, etc. Sin olvidar que muchas veces los llamados Joint Ventures se asemejan tanto a la asociación en participación, que bien se podrían subsumir en dicho tipo legal.³⁴

La posibilidad de una eficaz convivencia con esta institución importada del *common law*, es factible, debido al gran parecido que guarda con algunas de los tipos jurídicos contemplados por el derecho positivo mexicano. Por otro lado, también es posible, gracias a que la teoría de los contratos norteamericanos tiene similitudes con la doctrina mexicana³⁵, tan es así, que en la práctica empresarial de nuestro país, empieza a ser común recurrir a los Joint Ventures, pues, los empresarios lo han comenzado a entender y a manejar casi a tal grado como si este formara un nuevo

Concepto tomado del art.377 de la ley 22.903 del año 1983 - Ley Argentina de sociedades comerciales-.

³³Sobre las agrupaciones de colaboración, las uniones transitorias de empresas y los Joint Venture, ver: Zaldivar, Enrique y otros. *Contratos de Colaboración Empresarial*. 2a ed.. Buenos Aires. Abeledo-Perrot, 1989, págs. 251.

³⁴La diferencia en sí, entre el derecho sustantivo referente a los contratos, no es tan tajante como lo es en lo que respecta al procedimiento civil que versa sobre los contratos.

capítulo de la Ley General de Sociedades Mercantiles, pues este contrato le brinda la facilidad al comerciante para avocarse a su actividad económica, al ser pocos los formalismos jurídicos requeridos.

Es tal la aceptación, que ya existen cursos dirigidos a empresarios o gente relacionada con el comercio exterior o el derecho corporativo, la administración de empresas, etc., que lo abordan como tema central. Las preguntas son: ¿que dicen nuestros juristas al respecto?; ¿que dicen los legisladores?; ¿cuantos años será una figura atípica, que se preste a ambigüedades, que genere confusión entre las partes, entre terceros, o para los juzgadores?; ¿responde el derecho a la realidad que viven las empresas hoy en día?.

El mutismo y la negación son las respuestas a las preguntas que anteceden. Pero no seamos tan pesimistas y confiemos en que pronto se agregaran artículos bis o capítulos a las legislación, tal y como ha pasado con el contrato de Leasing o el de Factoring, que contemplen y regulen el Joint Venture. Mientras tanto sigamos entendiéndolo como una figura del derecho angloamericano, comparándolo y subsumiéndolo con las instituciones más afines a él.

2.3. CONTRATOS AFINES

Como más adelante veremos, la doctrina sobre el Joint Venture no ha podido unificar criterios para definirlo y delimitarlo estricta y sistemáticamente, pero uno de los puntos en donde se aprecia un criterio unánime es el que lo sitúa como una asociación que no forma corporación⁴⁴

Al ser clasificado el Joint Venture como un *Unincorporated*, es excluido de formas más elementales como sería la *Sole Proprietorship* o de formas más rígidas como la llamada *Corporation*. Para ser incluido en el grupo que comprende a las *Partnership*⁴⁵.

De la *Sole Proprietorship* se logra diferenciar fácilmente, pues esta consiste en una persona que hace negocios para él mismo o se compromete en una operación de otro *Sole Proprietorship* (en realidad cualquiera que hace un negocio sin crear una organización es un *Sole proprietor*), este tipo de forma comercial es usualmente vinculada con empresas pequeñas y locales, aunque no tienen impedimento legal para realizar operaciones más complejas⁴⁶. El Joint Venture, a diferencia, sí lleva a cabo la formación de una organización.

Mencionamos anteriormente a la *Corporation*, que es quizá la más importante forma de organización para los negocios, es la más

⁴⁴El Joint Venture al ser tratado de una manera similar al partnership esta clasificado como: Unincorporated Associations. Ver: Howell, Rate A. *Fundamentals of Business*, New York, The Dryden Press, 1984, 829 pp. También ver: May, Arthur, "Joint Venture", *Notre Dame Lawyer*, Vol. XXI, No. 2, Diciembre, 1945, pág. 111.

⁴⁵Existen otras formas asociativas como: *Business Trust*, *Joint Stock Company*, etc., que en la actualidad son poco frecuentes.

⁴⁶Ver: Howell, Rate A.. op. cit. pág. 469.

ampliamente empleada y por lo general las empresas más grandes operan como *Corporation*. Estas son entendidas que tienen que operar cumpliendo con los requisitos que le impone el Estado mediante un *Statute*. Esencialmente una *Corporation* esta formada por sus accionistas (*shareholders*)¹⁷, y su consejo directivo (*board of directors*), que es elegido por los accionistas. Los directores generalmente utilizan empleados subordinados, para las operaciones comunes de la empresa. Una de las características distintivas es que los accionistas no son responsables personalmente más allá del monto de su inversión, y esto es gracias a que se considera a la *Corporation* un ente jurídico independiente de los dueños accionistas¹⁸, esta figura jurídica no puede ser creada por puro acuerdo de las partes, además, se le exige inscripción, elementos que lo diferencian de el *Joint Venture*.

Ahora bien, el *Joint Venture* es considerado un *unincorporated*, pero en Inglaterra no se le reconoce una relación independiente del *partnership*, y en los Estados Unidos algunos autores lo conciben como parte del genero *partnership*¹⁹, y es que realmente el *Joint Venture* es muy cercano al mencionado contrato, por lo que pasaremos a definir el llamado *partnership*.

Partnership: La *Uniform Partnership Act* lo define como: una asociación de dos o más personas que realizan, teniendo carácter de co-propietarios, un negocio cuyo fin es obtener un lucro o

¹⁷Accionistas que son los dueños del negocio.

¹⁸Howell, Rate A., op. cit. Capítulos 32 al 35.

¹⁹Ibidem, págs. 471 y 472.

beneficio¹⁰. Como tal ellos tienen un control conjunto de las operaciones, además tienen que compartir las ganancias. La *Uniform Partnership Act* permite a las partes adoptar por acuerdo una gran variedad de cláusulas, pero prohíbe pactar sobre su responsabilidad frente a terceros, sin el consentimiento de ese tercero.

Este contrato existe con el simple acuerdo de voluntad de las partes, además puede ser válido sin necesidad de celebrarse por escrito, aunque siempre es mejor plasmar por escrito la voluntad de las partes. Este tipo de organización ha tenido mucha aceptación en los negocios por carecer de requisitos formales y ser muy amplio y flexible el objeto para el que se crea.

Dentro del género *Partnership* existe la especie *Limited Partnership*, el cual se integra cuando menos de un *general partner*¹¹ y por lo menos de un *limited partner*. El *general partner* es tratado por la ley de la misma manera que un *partner* en un *Partnership* ordinario. El *limited partner* es considerado únicamente como un inversor, y no opera, ni hace funciones de dirección en la empresa. Esta figura fue creada para que una persona pudiera invertir y así compartir las ganancias, sin convertirse en una persona obligada frente a terceros acreedores.

La responsabilidad limitada es la característica principal de esta sociedad. Este contrato tiene que ser celebrado por escrito,

¹⁰ "A partnership is an association of two or more persons to carry on as co-owners a business for profit". Tanto en Inglaterra como en los Estados Unidos, la teoría de las *Partnership* fue desarrollada por las Cortes, hasta que en 1914 fue codificada en la U.P.A., y ha sido acogida por 47 Estados de la Unión Americana.

¹¹ *Partner*: Asociado, socio.

cumpliendo con todos los requisitos de un *statute*¹¹, y si llega a faltar algún requisito, no será considerada la responsabilidad de las partes como limitada.

Es muy importante profundizar en el estudio de las *Partnership*, debido a que los tribunales norteamericanos frecuentemente se valen de precedentes relacionados a los *Partnership* para pronunciarse sobre los *Joint Ventures*.

Una vez que hemos apuntado las características de algunas de las formas societarias más importantes de los Estados Unidos, pasaremos a analizar el *Joint Venture*.

¹¹El *statute* que ha sido adoptado por 48 Estados de la Unión Americana es el *Uniform Limited Partnership Act*.

2.4. EL CONTRATO DE JOINT VENTURE

HISTORIA:

Se dice que el origen de los contratos de Joint Venture es Inglés, pues se utilizó para individualizar la organización de los *Merchant venturers*, del comercio de ultramar¹³. Otros autores, lo consideran de procedencia Escocesa y dicen que el término 'Joint adventure' se usaba en Escocia desde principios del siglo XIX, y se asemeja a la norteamericana en que ambas se constituyen para la realización de un solo negocio, pero se diferencian porque Escocia... tomó su concepto del derecho civil francés¹⁴. Existe otro grupo de tratadistas que sitúan el origen del Joint Venture en las decisiones judiciales norteamericanas de principios del siglo pasado¹⁵, pero en esos precedentes aun no se delimitaban sus

¹³Zaldívar, Enrique. Op. cit. habla respecto al origen del Joint Venture y cita a Daniele Bonvicini.

¹⁴Ibidem, parafraseando la nota 4, en la que el autor hace referencia a Taubman.

¹⁵Astolfi, Andrea. "El contrato internacional de Joint Venture", *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*. Año 14, No. 83, octubre, Argentina, 1981, pág. 645. En donde apunta: "Las primeras decisiones en las cuales, a nuestra conciencia, se reenvía la expresión j.v., son 'Hourquebie v. Girard' c.c. 212 (C.C.pa. 1808) y 'Lyles v. Styles' c.c. 224 (C.C.Pa.), pero en ellos, y en otros seguidamente sucesivos, las cortes hicieron uso de tal expresión no para significar un especial acuerdo de colaboración, sino para evidenciar, describir, el objeto de un

elementos más característicos, y es hasta la segunda mitad del siglo XIX, cuando se delimitan sus características⁷⁸. Pero nos advierte Astolfi, el autor que seguimos en este punto, que de esos precedentes "no es posible inferir un corpus de reglas consolidadas en sistema..."⁷⁹.

NATURALEZA:

El Joint Venture al ser una figura atípica, se ha visto afectado por criterios que intentan entenderlo, subsumiéndolo dentro de alguna figura tipificada, trayendo como consecuencia, la desnaturalización y la confusión con respecto a sus elementos y características.

Uno de los más comunes errores cometidos por diversos tratadistas, es el considerar el Joint Venture como una institución societaria, ya sea como un *Partnership*⁸⁰, o como una sociedad de hecho o irregular, dentro de nuestro derecho, pues, dichas teorías van en contra de la voluntad de las partes, que realizaron dicho acto, justamente para no crear una sociedad, y por lo tanto no

acuerdo de carácter asociativo".

⁷⁸Ibidem. se refiere el autor al precedente 'Bruce v. Hastings', 41 vt. 380 (1868). Además nombra media docena más de precedentes.

⁷⁹Ibidem. Pág. 646.

⁸⁰El contrato de Joint Venture ha tenido más auge como contrato internacional, que como contrato dentro de los Estados Unidos, debido a que en ese país se le aplican muy frecuentemente las reglas del *Partnership*.

esperan ser tratados como si fueran una sociedad.

Es también un error considerar al Joint Venture como una figura societaria, si tomamos en cuenta que el Joint Venture no es en sí una unidad, ya que existen varios tipos de Joint Venture, como el *contractual* y el *corporation*, por lo que no debemos clasificarlo unitariamente. Al respecto Astolfi apunta:

"No corresponde la subsunción del contrato en un esquema societario, en cuanto no sólo conduciría a una errónea consideración unitaria de los *contractual joint ventures* y de los *joint venture corporations*, sino que no tendría en cuenta la circunstancia de que la convención del contrato de joint venture está motivada, en la generalidad de los casos, en la propia voluntad de los contrayentes de convenir en una relación de colaboración que quiere excluir una relación social"⁹.

Por esa razón, tenemos que hacer énfasis en la naturaleza eminentemente contractual de los Joint Venture, ya que sólo así logra adaptarse a las necesidades de las partes, sin verse obstaculizado por los límites inherentes a las instituciones societarias y además, es justamente esa flexibilidad contractual la que le ha permitido sustituir o dejar atrás a diversas formas jurídicas comerciales que de alguna manera se le asemejan.

Es por lo tanto, más apropiado, si se trata de buscar un

⁹Astolfi, Andrea. Op. cit., pág. 649.

vínculo con figuras jurídicas tipificadas, encontrarle afinidad con algún tipo de contrato mercantil, que con las de naturaleza societaria. Así es más congruente hacer analogías con: el Consorcio con actividad externa; las formas asociativas como las Uniones Transitorias de Empresas o la Asociación en Participación⁸²

TIPOS DE JOINT VENTURE:

Como anteriormente apuntamos, no existe un manejo unitario del Joint Venture, ya que podemos distinguir uno que se presenta previo o dentro de una *incorporated* o institución societaria, y otro entendido como *unincorporated* o básicamente contractual, que no se propone constituir una sociedad, ni un contrato de promesa de sociedad⁸³.

Ahora bien, daremos algunas definiciones genéricas del contrato de Joint Venture, que en cierta forma pueden ayudarnos a empezar a delimitar los alcances y objetivos de este contrato:

"Forma asociativa que no da vida ni a una fusión ni a un grupo, sino a una más o menos ocasional combinación contractual sobre negocios determinados, teniendo como regla

⁸²Más adelante veremos la conveniencia de acercar el *Joint Venture* a la Asociación en Participación, desde luego sin intentar ver en ellos una equivalencia total.

⁸³Hay otras clasificaciones de los Joint Ventures, un ejemplo lo tenemos en Arce Gargollo, Javier, *Contratos Mercantiles Atípicos*, México D.F., Trillas, 1985, págs. 195 y 196. El cual los divide en Corporate Joint Venture; Informal Joint Venture; y Joint Venture Agreement.

la finalidad de realizar en común a *single business enterprise* que deja sustancialmente íntegra la libertad e independencia de los *partners*, y, con ella, el poder ... de aquel más fuerte"⁴¹.

También ha sido definido el Joint Venture como:

"Una asociación de dos o más personas que realizan una particular actividad comercial, para obtener beneficios"⁴²

De las anteriores definiciones podemos notar que el Joint Venture, en cuanto a su alcance, finalidad y campo de acción, refleja la voluntad contractual de los comerciantes que lo signan, y tiene como límites, en el plano jurídico, los linderos de las otras figuras tipificadas y que de alguna manera podrían absorberlo convirtiéndolo en otra figura jurídica distinta.

En cuanto a referirse los Joint Venture a una sola actividad comercial, ha sido superada esta doctrina ya que en la actualidad los Joint Ventures abarcan una gran variedad de operaciones mercantiles, pero siempre siguiendo la constante de alguna línea o ámbito predeterminado desde el momento en que nace la relación

⁴¹Definición de Cottino, tomada de Astolfi, Andrea, op. cit., nota 44.

⁴²May, Arthur, "Joint Venture", *Notre Dame Lawyer*, Vol: XXI, No. 2, December, 1945, U.S.A., pág. 111. Autor que basa su definición en el precedente *Tompkins v. Commissioner of Internal Revenue*, que a la letra dice: "*The Joint Venture has been defined as an associations of two or more persons to carry out a single business enterprise for profit*".

contractual.

Ahora bien, hemos hablado de los Joint Ventures como si estos formaran una unidad, lo cual es un error, que algunos tratadistas y empresarios cometen. Por tal motivo, a continuación se hará referencia a los diversos tipos de Joint Ventures existentes.

Dicho contrato lo podemos dividir en: *Joint Venture Corporations* y los *Contractual Joint Ventures*, estos últimos a su vez se dividen en *operativos* y en *instrumentales* ¹⁴.

JOINT VENTURE CORPORATION:

Hemos mencionado que una de las formas en que se puede presentar el llamado contrato de Joint Venture es la *Corporations*, figura jurídica que ha tenido su origen y principal desarrollo en los Estados Unidos.

La creación de este tipo *sui generis* de figura societaria, se remonta a los primeros años del presente siglo, al ser uno de los recursos que elaboraron y pusieron en práctica las empresas que deseaban invertir en unión con otras empresas y, al mismo tiempo, deseaban reducir riesgos, por lo que idearon la forma de ser considerados como socios de responsabilidad limitada.

Para conseguir dicho propósito tuvieron que empezar por desligarse del *Partnership*, por lo cual crearon Joint Ventures que paralelamente estaban sustentados por una sociedad por acciones.

¹⁴Esta clasificación es la que nos proporciona Astolfi.

que ellos denominaron Joint Venture Corporations, basados en una doble faceta, de un lado, la relación de los socios respondía a la relación personal y fiduciaria de los Joint Ventures, y era regulada por el acuerdo de voluntades plasmado en el contrato de joint venture. Por el otro lado, la cara que se mostraba al exterior era similar a la de un *Incorporated*, para así poder contar con la responsabilidad limitada que requerían los socios, y que de otra manera, si no se lograba desvincular su acto jurídico con formas que no concebían dichas limitaciones v.g. el *Partnership*, correrían el peligro de que la Corte no respetara dicha limitación.

En un principio los tribunales estadounidenses no estuvieron de acuerdo y se pronunciaron en contra de los Joint Ventures Corporations, ya que seguían la sentencia Jackson v. Hooper pronunciada en Nueva York en 1910⁴⁴. Con el tiempo, y debido al incremento en la utilización de este tipo de mecanismo negocial, las cortes estadounidenses fueron permitiendo este tipo de contratos, y de esta manera dejaron de obstaculizar el desarrollo económico de las empresas, en su intento por encontrar formas de cooperación para inversiones o negocios conjuntos, motivo por el cual, dicho contrato, comenzó a ser considerado completamente lícito en cuanto no afectara intereses de terceros y no se pactara

⁴⁴La cual dice: "the law never contemplated that persons engaged in business as partners may incorporate with the intent to obtain the advantages and immunities of the corporate form and then, Proteuslike, become at will a co-partnership or a corporation as the exigences or purposes of their joint enterprises may from time to time require". Tomado de Andrea Astolfi, op. cit., nota No.70.

contra normas de orden público.

Ahora bien, en el contexto internacional los Joint Venture Corporations se refieren a:

"...una sociedad por acciones constituida con accionistas locales de los países receptores de la inversión y teniendo por objeto la organización de la ejecución de un subyacente contrato de Joint Venture, en el cual se ha precisado las modalidades de actuación de la inversión, los aportes de los accionistas, las actividades cuya ejecución le ha sido a él confiada *pro-quota*, las cláusulas para insertar en el estatuto de la sociedad, instrumento de actuación del contrato que permite a los *co-venturers* gozar del beneficio de la responsabilidad limitada"⁸⁸

Observamos, por tanto, como la sociedad por acciones es utilizada como un instrumento para llevar a cabo el contrato de Joint Venture que le antecede. También podemos destacar como característica primordial de dicho contrato la de coordinar y organizar las complejas actividades de una asociación de inversionistas mediante un organismo unitario que logre el control de los distintos *co-venturers* al margen de las rígidas figuras societarias existentes en determinados países.

Los problema en el ámbito internacional en cuanto a la

⁸⁸Astolfi, Andrea, Op. Cit., pág. 677.

utilización de los *Joint Venture Corporations* son varios, ya que en muchos casos es difícil crear contratos, dentro de un contrato societario tipificado, que no vulnere normas de orden público o afecte intereses de terceros. Por lo que, como menciona Astolfi, ha tenido mayor auge los llamados *Contractual Joint Ventures*:

"...la incertidumbre sobre posibles respuestas de las cortes locales llamadas a decidir sobre la validez de pactos parasociales o de cláusulas estatutarias no conformes a la estructura típica de la sociedad por acciones, ha constituido, sin duda, una de las razones en favor de la progresiva estipulación de contratos de Joint Venture en lugar de Joint Ventures Corporations"⁸⁷.

CONTRACTUAL JOINT VENTURE:

En este punto abordaremos las dos divisiones que presenta el *Contractual Joint Venture*: el *operativo* y el *instrumental*. Dicha división ha sido propuesta por algunos teóricos y, desde luego, no será posible, por el momento, encontrarla en algún ordenamiento jurídico.

Como anteriormente mencionamos, para poder hacer un análisis de los Joint Ventures, debemos de superar los errores en los que muchos autores han caído, ya sea por considerarlo como un fenómeno unitario o aun cuando se contemple la multiplicidad a la que puede

⁸⁷Astolfi, Andrea, op. cit., pág. 681.

referirse el concepto *Joint Venture*, "este sea tratado de una manera equívoca".

En un primer momento, el *Joint Venture* fue entendido como una variedad del *Partnership*, el cual se distinguía por tener un campo de acción más reducido que el *Partnership*¹⁸ o por realizar una específica línea de transacciones¹⁹. Con el tiempo empezó a ser utilizado en operaciones con mayor amplitud y duración, por lo que quedó caduca la definición basada en el tiempo de duración. Ahora bien, aunque siguió vigente la característica de versar sobre un negocio específico, el *Joint Venture* pasó a ser un contrato globalizador de una gran variedad de actividades económico-jurídicas, ya fuera para la realización de alguna obra o la obtención de un determinado objetivo. Debido a este acrecentamiento, el contrato de *Joint Venture* se diversificó, y surgió la clasificación en contratos operativos e instrumentales.

¹⁸Tal es el caso de Arce Gargollo, Javier; que al hacer el estudio sobre el *Joint Venture*, reduce el contrato a una mera promesa de contrato, lo cual en la mayoría de los casos sería erróneo y en otros incompleto, sobretodo cuando el cree estar hablando del *Contractual Joint Venture*, ya que, si él hablara del *Joint Venture Corporations*, la hipótesis de un precontrato de sociedad que estipule las futuras relaciones entre los *co-ventures* sería factible y de hecho común dentro de las relaciones empresariales.

¹⁹Ver: Miller, George William, "The Joint Venture: Problem child of Partnership", *California Law Review* (School of Law, University of California, Berkeley), No.5, December, 1950.

²⁰May, Arthur, op. cit., pág. 111. Con referencia al caso *Clark v. Sidway*, 142 U.S. 682 (1890).

a) JOINT VENTURE OPERATIVO:

Es en el ámbito internacional donde se han venido utilizando los contratos de Joint Venture denominados *operativos*, para así, realizar una inversión conjunta, que no tiene como fin la compra de acciones, ni la creación de una nueva sociedad, tampoco, dicha inversión, tiene un carácter especulativo, por lo cual no puede ser enmarcada dentro de la llamada inversión directa, ni como inversión de cartera.

La inversión mediante contratos de Joint Venture *operativos* es una nueva forma de inversión externa, que responde a las necesidades actuales de las relaciones empresariales a nivel internacional, que por la misma complejidad y necesaria duración de dichos contratos, ha venido a superar la antigua teoría de los *Joint Ventures* que les asignaba un campo estrecho y un tiempo limitado de acción.

Este tipo de contrato tiene como destino organizar la integración de una inversión conjunta, para así llevar a cabo un negocio, que de alguna manera requería dichos recursos complementarios para su realización.

Es en los contratos de co-producción cinematográficos y en los referentes a la exploración y explotación de yacimientos de petróleo o minerales, en donde se presentan más frecuentemente los *Joint Ventures operativos* "

"Ver Astolfi, Andrea, op. cit., nota 83.

Las partes integrantes de un Joint Venture *operativo*, consideran la naturaleza de su relación como asociativa, y niegan una vinculación societaria o de *agency*, además, al no crear un organismo unitario, los actos que ellos realizan son emanados de las partes subjetivamente, por lo que pueden exentarse de responsabilidad solidaria frente a terceros.

En lo referente a la cuestión impositiva, los inversionistas estadounidenses han logrado beneficiarse con este contrato, debido a que su legislación les permite deducir los gastos para la investigación y el *Know-how*, en los casos en que la inversión sea en un país extranjero y se adquiera a título originario una parte del producto que genera la empresa, a la cual fue destinada dicha inversión.

Podemos, por lo tanto, destacar, como nota distintiva, que aparte de la participación final en las utilidades generadas en un negocio conjunto, puede realizarse, con anterioridad, la adquisición directa, de cada una de las partes, de un determinado porcentaje, que generalmente es proporcional a la participación de la inversión, del producto obtenido, sin tener que esperar a que posteriormente se realice una comercialización conjunta de todo lo producido.

Terminamos este párrafo con un ejemplo de contrato de Joint Venture Operativo citado por Astolfi:

"...el contrato de joint venture entre LAMCO y Bethlehem para la exploración, el desarrollo y la explotación de los recursos

mineros del monte Nimba, en el norte de Liberia...LAMCO poseía el 75% del complejo de las actividades a desarrollarse. Bethlehem el 25% restante, y en el respeto de tales porcentuales estaba predeterminada la medida del producto extraído de pertenencia de cada uno de los contrayentes, las cuotas de copropiedad sobre los bienes aportados, la participación en los gastos y la responsabilidad por las obligaciones asumidas conjuntamente en el curso de la ejecución de los trabajos, quedando, en cambio, algún contrayente responsable de modo exclusivo por las obligaciones asumidas en la ejecución de aquellas prestaciones a ellos pro-quota transferidas en el reglamento negocial. Así, estaba contractualmente excluida la configuración de una relación social entre los contrayentes y estaba paralelamente negada la competencia de un contrayente para actuar en calidad de 'agent' del otro, evitando, por tanto, cualquier posible extensión del uno al otro de la responsabilidad por las obligaciones asumidas por cada uno".

Una vez estudiadas las características del *Joint Venture operativo*, analizaremos otra especie del género *Joint Venture* denominado por la doctrina como: *Joint Venture Instrumental*.

"Ibidem, pág. 689.

b) JOINT VENTURE INSTRUMENTAL:

Dentro de los contratos de Joint Venture que no se proponen en ningún momento constituir una sociedad, se encuentra el Joint Venture *instrumental*, contrato que se utiliza para asumir obligaciones frente a terceros por parte de los *co-ventures*.

Este contrato no se encarga únicamente de organizar una inversión conjunta entre los *co-ventures*, sino que se utiliza, para coordinar la elaboración de una oferta, obligándose a realizar una obra en común frente a un tercero, si es el caso que ese tercero acepta dicha oferta.

Es el Joint Venture *instrumental*, una de las formas más efectivas que utilizan determinadas empresas que requieren de la ayuda técnica, financiera o de algún otro tipo, para, así, realizar una oferta conjunta, e intentar obtener un contrato de obra a precio alzado, o como se dice comúnmente, para ganar el concurso de una licitación de determinada obra.

Este contrato presenta dos momentos:

"...el contrato de *joint-venture* se pone como momento preliminar e instrumental, por una parte, de la presentación de una oferta contractual única y conjunta; por la otra..., de la disciplina de la ejecución de la comisión eventualmente obtenida"²².

²²Ibidem, pág. 693.

los *co-ventures* se distribuyen, en un primer momento y previo acuerdo, los gastos y el trabajo que efectuaran para la elaboración de la oferta, también, pactan la manera de cubrir las garantías que les fije el tercero, para la celebración y realización del contrato, y la manera de presentar la oferta unitariamente, mediante mandato delegado a uno de los *co-ventures* que fungirá como representante del Joint Venture frente a terceros.

El segundo momento, está sujeto a la aprobación del primer momento, o sea, la aceptación de la oferta por parte del tercero, y es debido al posible rechazo de la oferta, donde se logra ver la ventaja que tiene este figura contractual, frente a los mecanismos de carácter societario, pues, resultaría inútil y costoso, constituir una sociedad con el propósito determinado de realizar una obra, y que, a fin de cuentas, esta no se realice.

Ahora bien, si la oferta es aceptada, los *co-ventures* se sitúan en un segundo momento, en el cual, el contrato versa sobre los porcentajes de participación, las obligaciones específicas, la responsabilidad entre asociados y frente a terceros, la manera de tomar decisiones conjuntas, la representación frente a terceros, en fin, todo los actos encaminados para la ejecución de las obligaciones contraídas con el tercero.

En cuanto a la responsabilidad frente al terceros, es de esperarse que se les exija a los *co-ventures* una responsabilidad solidaria por los actos u omisiones comprendidos dentro de dicho contrato de obra, por lo que los *co-ventures*, tendrán que asumir

para el exterior dicha solidaridad, pero en el interior de su relación contractual. o sea, en el contrato de Joint Venture efectuado entre ellos, podrán fijar los porcentajes de responsabilidad entre ellos y frente a terceros, previendo cláusulas penales e indemnizatorias, para el caso de verse afectado uno de los *co-venturos* al tener que responder frente a terceros por un porcentaje mayor al que previamente pactó con sus asociados, por lo que, dicho asociado responsable, tendrá que cubrir el pago efectuado por el *co-venture* afectado.

CAPITULO TERCERO

LA ASOCIACION EN PARTICIPACION Y EL JOINT VENTURE.

3.1. RELACIONES

Una vez que hemos descrito el contrato de Asociación en Participación y el Contrato de Joint Venture, estamos en posibilidades de pronunciarnos sobre sus similitudes y diferencias.

La principal similitud de la Asociación en Participación y el Joint Venture, es la de ser, ambos, contratos de naturaleza asociativa, en los cuales se coordinan esfuerzos conjuntos para realizar negocios que de alguna manera le son comunes a las partes, y se tiene una participación en los beneficios o en las pérdidas que resulten del negocio objeto de la asociación.

Los dos contratos son asociativos, pero no dan nacimiento a

una nueva persona jurídica, por lo que no forman parte de los contratos denominados como societarios.

La existencia, validez y eficacia de estos contratos no esta sujeta a inscripción registral. Los dos contratos necesitan un mínimo de formalismos para su perfeccionamiento. Uno de los formalismos exigidos es el tener que plasmar las voluntades contractuales por escrito.

Podemos encontrar en los dos contratos la existencia de un control conjunto de la actividad a realizarse en asociación, y si no se tiene un control conjunto, se tiene el derecho a dicho control o por lo menos, el derecho a revisar la actuación del asociante

3.2. DIFERENCIAS

En el caso del Contrato de Asociación en Participación, el asociante actúa en nombre propio, por lo que el asociado no tiene ninguna responsabilidad frente a terceros. En cambio en el Contrato de Joint Venture pueden obligarse frente a terceros, todos los integrantes de dicho contrato, además, sus actuaciones pueden ser mediante un ente que represente a la totalidad de asociados, de lo que se desprende, que un co-venture no obra en nombre propio, sino que, se pueden presentar frente a terceros como una unidad, y los integrantes de dicha unidad, o sea, los co-ventures pueden quedar obligados subsidiaria y solidariamente.

También tenemos, como otra diferencia, el hecho que, en el Contrato de Asociación en Participación, el negocio es considerado únicamente del asociante, siempre y cuando, el asociado no se muestre y actúe también como asociante. En cambio, cuando se presenta un Joint Venture, el negocio no se considera exclusivo del co-venture principal, sino que también los otros co-venture son considerados como una unidad frente a terceros.

En realidad, el aspecto concerniente a las analogías y diferencias existentes entre ambos contratos, es difícil delimitar, pues como hemos visto, la Asociación en Participación es un contrato mercantil tipificado en un apartado especial de la Ley

General de Sociedades Mercantiles, que al regularlo en unos cuantos artículos, nos remite, supletoriamente, a las Sociedades en Nombre Colectivo, y también, por ser un contrato mercantil, al derecho Civil, por lo que en sí no está totalmente delimitado su campo de acción. Ahora bien, el Contrato de Joint Venture es atípico, y además, importado del *common law*. Tiene como una de sus principales características y cualidades, la de permitir a las partes una gran libertad consensual en la estipulación de su clausulado, por lo cual en determinados casos puede ser un contrato muy cercano a la Asociación en Participación, pero en otros, las similitudes son mínimas.

CONCLUSIONES

Paralelamente al dinámico campo de las relaciones comerciales, el mundo del Derecho, con sus instituciones, conceptos y formas, se encarga de regular dichas relaciones, a veces eficazmente, otras no tanto, pero siempre que nos referimos al comercio, de una u otra manera esta presente el Derecho, y específicamente el Derecho Mercantil.

En este trabajo, hemos partido de la estructura genérica de los contratos, para así, desglosar y analizar el Contrato de Asociación en Participación, que en sí, es el tema central de la tesis, pero también, hemos abordado el tema relacionado con el contrato de Joint Venture debido a que, en cierta forma, las empresas están utilizando este instrumento para realizar inversiones conjuntas, y se ha desplazado entre otras figuras jurídicas, al contrato de Asociación en Participación.

Por tal motivo, es necesario hacer un replanteamiento del contrato de Asociación en Participación, ya sea que éste supla, adheriéndole algunos artículos, la laguna jurídica que mantiene a los Joint Ventures como contratos atípicos, o bien, derogar los artículos correspondientes a la Asociación en Participación, contemplados en la Ley General de Sociedades Mercantiles, e incluirlos en un nuevo ordenamiento, en el cual podrían

contemplarse contratos empresariales de índole asociativos como el Consorcio; los *Joint Ventures*; las Agrupaciones de Colaboración¹⁴ y las Uniones Transitorias de Empresas¹⁵, contrato este último regulado por países latinos como Argentina, España, e Italia, incorporando así a su derecho escrito, una institución propia del derecho anglo-sajón.

La entrada de los contratos de *Joint Venture*, o sea, la asimilación de éstos en nuestras relaciones comerciales, es muy reciente, por lo que apenas empiezan a emerger algunos de los problemas que se generarán por la aplicación y cumplimiento de los contratos de *Joint Venture*.

Es de esperar que poco a poco, y debido a la proliferación de dichos contratos, empiecen a surgir conflictos entre las partes o con terceros acreedores, y éstos lleven sus controversias a los tribunales, los cuales tendrán que decidir sobre un contrato atípico, de origen extranjero y con el cual apenas se empiezan a

¹⁴Sobre el tema ver: Zaldivar, Enrique, Op. Cit., En esa obra encontramos la referencia a la Ley Argentina de Sociedades Comerciales, Cap. III, sobre los Contratos de Colaboración Empresarial, en su art. 367 las define como: "Las agrupaciones de colaboración son entidades constituidas contractualmente con la finalidad de establecer una organización común, para el aprovechamiento de bienes o servicios, que faciliten determinado o determinados aspectos (fase u operaciones) de la actividad empresarial de los mismos contratantes. No configuran sociedades, ni su operativa se proyecta en el mercado".

¹⁵Ibidem. La Ley Argentina de Sociedades Comerciales, Cap. III, art. 377, proporciona el siguiente concepto: "Las Uniones Transitorias de Empresas son entidades formadas mediante contratos, para desarrollar o ejecutar conjunta y coordinadamente una obra, servicio o suministro determinados y concretos relacionados con el objeto de los contratantes. Tampoco configuran sociedades, pero su actividad sí se proyecta en el mercado".

familiarizar". Por lo que deberán seguir las reglas que señala el Código Civil en su art. 1858:

"Los contratos que no están especialmente reglamentados en este código, se regirán por las reglas generales de los contratos, por las estipulaciones de las partes y, en lo que fueron omisas, por las disposiciones del contrato con el que tengan más analogía de los reglamentados en este ordenamiento".

En consecuencia, se interpretará el Joint Venture según las reglas generales de los contratos y por la voluntad de las partes, como específicamente señala el Código de Comercio en su art. 78:

"En las convenciones mercantiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que la validez del acto comercial dependa de la observancia de formalidades o requisitos determinados".

Además, al no existir formalidades para la realización de los Joint Ventures, no se contraviene lo dispuesto por el art. 79. fracc. I, del mismo ordenamiento que a la letra señala:

"Se exceptuarán de lo dispuesto en el artículo que precede:

"En este trabajo no abordaremos los problemas de aplicación del derecho extranjero, pues consideramos que en la mayoría de los casos no podrán aplicarse las reglas señaladas en el art. 14 del Código Civil, debido a que el joint venture, no es derecho extranjero, sino que es una figura proveniente del exterior, pero considerada como derecho nacional. Desde luego que en caso de tratarse de derecho extranjero se tendrán que seguir lo dispuesto por los arts. 12; 13; 14 y 15 de nuestro Código Civil.

I. Los contratos que con arreglo a este código u otras leyes deban reducirse a escritura o requieran formas o solemnidades necesarias para su eficacia;..."

También, es de esperarse que el juzgador asimile el contrato de Joint Venture a la figura de la Asociación en Participación, ya que éste es el contrato mercantil con el que presenta mayor analogía. Pero puede ser posible que se considere al Joint Venture dentro de los contratos societarios, y al no estar constituido conforme a la Ley General de Sociedades Mercantiles, se le podría considerar una sociedad de las llamadas irregulares, como expresamente lo señala dicho ordenamiento en su art. 2:

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

Las relaciones internas de las sociedades irregulares se regirán por el contrato social respectivo y, en su defecto, por las disposiciones generales y por las especiales de esta ley, según la clase de sociedad de que se trate.

Los que realicen actos jurídicos como representantes o mandatarios de una sociedad irregular, responderán del cumplimiento de los mismos frente a terceros, subsidiaria, solidaria e ilimitadamente, sin perjuicio de la responsabilidad penal en que hubieren incurrido, cuando los terceros resultaren perjudicados..."

Estas disposiciones pueden colocar a los participantes del Joint Venture en una situación muy comprometida, en el caso de actuar como representante o mandatario de los asociados.

En lo que respecta al segundo párrafo del último artículo transcrito, si bien nos dice, que las relaciones internas se regirán por el contrato celebrado, también nos habla de la posibilidad de interpretarlo según la clase de sociedad de que se trate, por lo que la interpretación del Joint Venture dependerá del tipo, de sociedad a la que se asimile.

Otro de los inconvenientes de considerar al Joint Venture como una sociedad irregular, es el que nos señala la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, en su art. 396, fracción VI:

"No podrán solicitar que se les declare en suspensión de pagos, y si lo hicieren, el juez procederá a declararlos en quiebra, los que:

...VI, sean sociedades mercantiles irregulares."

Por lo que se le privaría a los co-ventures del beneficio de la suspensión de pagos, pues de otra manera, si ellos son considerados como integrantes de un contrato asociativo, en vez de uno societario, podrían estar en posibilidades de acoger dicho beneficio.

De lo anterior nos damos cuenta que, la esencia consensual del contrato de Joint Venture se ve afectada por el hecho de ser desvirtuado su carácter asociativo, pues la voluntad de las partes puede ser contrariada sobre todo en la forma y porcentajes

previamente pactados para asumir y responder con las obligaciones contraídas, ya sea entre ellos o frente a terceros.

Por estos motivos, es conveniente incluir una cláusula dentro del contrato de Joint Venture, en la cual se explique: que no se pretende formar o constituir, mediante ese contrato, ninguna de las figuras societarias comprendidas en el art. 1 de la Ley General de Sociedades Mercantiles y que, si es voluntad del Arbitro o juzgador encasillar el Joint Venture en otro contrato tipificado, será mejor que éste sea contemplado dentro de los contratos de Asociación en Participación, aunque la voluntad real y originaria de las partes es celebrar un contrato atípico para la legislación mexicana, que deberá cumplirse o hacerse cumplir conforme a lo estipulado y pactado en el clausulado del contrato. Esta manera de plantear un contrato atípico, o sea, el remitir al posible juzgador a una figura tipificada, se hace con la finalidad de obtener mayor seguridad jurídica, procurando apegarse lo más posible a la voluntad de los contratantes.

En ningún momento hemos afirmado, como algunos autores lo han hecho⁷⁷, que el Joint Venture es un contrato de Asociación en Participación, pues del desarrollo que en este trabajo hemos hecho de dichos contratos, se logra desprender que existen diferencias, pero lo importante es entender que la cercanía al contrato de Asociación en Participación, no es para lograr una asimilación de un contrato con el otro, sino para alejarlo de las figuras

⁷⁷Autores como Sola de Cañizares han concebido a los Joint Ventures como Asociaciones en Participación, pero pertenecientes a la familia del *common law*.

societarias y, de esta manera, resultar lo menos afectadas las partes, por una errónea interpretación judicial.

El pensar en una regulación especial para los contratos asociativos de índole comercial, no tiene el propósito de saturar de artículos casuísticos y herméticos, con los cuales se perderían las ventajas, en cuanto al gran margen consensual para el negocio en concreto, de dichas figuras contractuales. Por el contrario, creemos más conveniente una regulación que tipifique dichos contratos, dando lineamientos genéricos, que limiten lo menos posible la flexibilidad y consensualidad con que cuentan dichos contratos, características estas que los hacen más atractivos sobre otras figuras ya tipificadas. Incluso, dichas características le permiten valerse de contratos colindantes y complementarios, que facilitan el desarrollo de las relaciones económicas-empresariales, para operaciones de co-inversión tanto nacionales como internacionales, eludiendo los formalismos que implican los diversos tipos de sociedades, y aprovechando la elasticidad que resulta de ese tipo de contratos.

BIBLIOGRAFIA

LIBROS:

- Arce Gargollo, Javier. *Contratos Mercantiles Atípicos*, México, Trillas, 1985, pp. 258.
- Ascarelli, Tullio. *Derecho Mercantil*, México, Porrúa, 1940, pp. 827.
- Barrera Graf, Jorge. *Instituciones de Derecho Mercantil*, México, Porrúa, 1991, pp. 866.
- Barrera Garf, Jorge. *Las Sociedades en Derecho Mexicano*, México, U.N.A.M., 1983, pp. 322.
- Boggiano, Antonio. *Contratos Internacionales*, Buenos Aires, Depalma, 1990, pp. 166.
- Bolaffio, León, en AAVV *Derecho Comercial (parte general)*, coord. Bolaffio, Rocco, Vivante, Tomo I, Vol. I, Buenos Aires, EDIAR, 1947.
- Bonvicini, Daniele. *Le 'Joint Venture' Tecnica Giuridica e Prassi Societaria*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1977, pp. 651.
- Cervantes Ahumada, Raúl. *Derecho Mercantil*, México, Herrero, 1990, pp. 561.
- David, Rene. *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, Madrid, Aguilar, 1973, pp. 466.
- Davis L., Reginald. *Industria Maquiladora y Subsidiarias de Co-inversión*, México, Cardenas, 1985, pp. 550.
- Díaz Bravo. Arturo. *Contratos Mercantiles*, México, HARLA, 1989, pp. 301.
- Eco, Umberto. *Como se hace una tesis*, México, GEDISA, 1989, pp. 267.
- Garrigues, Joaquín. *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo I y II, México, Porrúa, 1979.
- Grandi, Giovanni Salvatore. *L'associazione in partecipazione*, Milano, Dottor Francesco Villardi, 1939, pp. 379.
- Oregorio, Alfredo de, en AAVV *Derecho Comercial (de las sociedades y de las asociaciones comerciales)*, tomo 7, Vol. II, Buenos Aires, EDIAR, 1947.

- Gutiérrez y González, Ernesto, *Derecho de las Obligaciones*, México, Porrúa, 1991, pp. 1085.
- Howell, Rate A., y otros, *Fundamentals of Business*, New York, The Dryden Press, 1984, pp. 829.
- Mantilla Molina, Roberto, *Derecho Mercantil (Introducción y conceptos fundamentales, sociedades)*, México, Porrúa, 1980, pp. 486.
- Rabasa, Oscar, *El Derecho Angloamericano*, México, F.C.E., 1944, pp. 668.
- Rehme, Paul, *Historia Universal del Derecho Mercantil*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1941, pp. 222.
- Robb, Louis A., *Diccionario de términos legales*, México, Limusa, 1984, pp. 228.
- Rocco, Alfredo, *Principios de Derecho Mercantil*, Madrid, Editora Nacional, 1981, pp. 447.
- Rojina Villegas, Rafael, *Derecho Civil Mexicano*, tomo V, (obligaciones vol. I), México, Porrúa, 1985, pp. 613.
- Simon and Schuster's, *International Dictionary*, New York, Simon and Schuster Inc., 1973, pp. 1055.
- Solá de Cañizares, Felipe, *El contrato de participación en el derecho español y en el derecho comparado*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1954, pp. 166.
- Spires, Jeremiah J., *Doing Business in the United States*, Vol. 4, New York, Matthew Bender, 1985.
- Tamayo y Salmorán, Rolando, *Elementos para una Teoría General del Derecho (introducción al estudio de la ciencia jurídica)*, México, Themis, 1992, pp. 529.
- Tunc, André y Tunc, Suzanne, *El derecho de los Estados Unidos de America*, México, Imprinta Universitaria, 1957, pp. 675.
- Vasquez del Mercado, Oscar, *Contratos Mercantiles*, México, Porrúa, 1992, pp. 561.
- Zaldivar, Enrique, y otros, *Contratos de Colaboración Empresarial*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1989, pp. 251.
- Zamora Sánchez, Pedro, *Arbitraje Comercial Internacional*, México, Numancia, 1992, pp. 127.

REVISTAS:

Astolfi, Andrea, *El Contrato Internacional de Joint Venture*, Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, Buenos Aires, Depalma, año 14, No. 83, octubre, 1981.

May, Arthur, *Joint Venture*, Notre Dame Lawyer, Vol. XXI, No. 2, december, 1945.

Miller, George W., *The Joint Venture: Problem child of partnership*, California Law Review, Vol. 38, No. 5, december, 1950.

O.N.U., *East-West Joint Venture (Contracts)*, Vol. I, Economic comission for Europe, 1989. (Guide on legal aspects of new forms of industrial cooperations).

Walter, Jaeger, *Partnership or Joint Adventure*, Notre Dame Lawyer, No. 37, 1961.

LEYES:

Legislación Mercantil y Leyes conexas, tomo I, México, Andrade, 1991.

Código Civil (para el Distrito Federal), 60 ed., México, Porrúa, 1992.