



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO MERCANTIL

REGULACION JURIDICA DEL CONTRATO DE *JOINT VENTURE* EN EL SISTEMA JURIDICO MEXICANO

T E S I S
QUE PARA OPTAR POR EL TITULO DE
LICENCIADA EN DERECHO
P R E S E N T A
NATYELY HOYOS OCARIZ

ASESOR: LIC. GERARDO RODRIGUEZ BARAJAS



CIUDAD UNIVERSITARIA.

2004



Universidad Nacional
Autónoma de México



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 esta 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.



Autorizo a la Dirección General de Bibliotecas de la UNAM a difundir en formato electrónico e impreso el contenido de mi trabajo recepcional.

NOMBRE: NATYELY HOYOS
OCARIZ

FECHA: 5. marzo - 2004

FIRMA: 

DEDICATORIAS:

**A LA UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE MÉXICO:**

POR ABRIRME SUS PUERTAS Y PERMITIRME FORMAR PARTE DE LA MÁXIMA CASA DE ESTUDIOS DE NUESTRO PAÍS, CUNA DEL CONOCIMIENTO Y LA INVESTIGACIÓN, Y POR QUE A ELLA DEBO MI FORMACIÓN HUMANA Y ACADÉMICA.

A MIS PADRES:

POR HABERME DADO LA VIDA, POR SER EJEMPLOS DE FIRMEZA, HONRADEZ, RESPETO, CARIÑO Y AMOR, POR ESTAR SIEMPRE A MI LADO IMPULSÁNDOME, POR SU CONFIANZA Y APOYO DESINTERESADO E INCONDICIONAL. GRACIAS.

ÍNDICE.

INTRODUCCIÓN.	IV
CAPÍTULO PRIMERO.	
DE LOS CONTRATOS MERCANTILES ATÍPICOS.	
1.1. Contratos mercantiles	1
1.1.1. Concepto de contrato mercantil.	1
1.1.2. Elementos esenciales de los contratos.	6
1.1.2.1 Manifestación de voluntad y consentimiento.	7
1.1.2.2 El objeto que pueda ser materia del contrato.	10
1.1.2.3 Solemnidad.	11
1.1.3. Elementos de validez de los contratos.	14
1.1.3.1 Licitud en el fin, motivo u objeto.	15
1.1.3.2 Ausencia de vicios en el consentimiento.	17
1.1.3.3 Capacidad.	22
1.1.3.4 Forma.	24
1.1.4. Clasificación de los contratos.	26
1.2. Contratos mercantiles atípicos.	32
1.2.1. Concepto y características.	32
1.2.2. Naturaleza y estructura.	37
1.2.3. Tipicidad social o consuetudinaria.	39
1.2.4. Interpretación de los contratos atípicos.	41

1.2.5. Integración de los contratos atípicos.	45
1.2.6. Admisibilidad y validez de los contratos atípicos.	46

CAPÍTULO SEGUNDO.

EL CONTRATO DE *JOINT VENTURE*.

2.1. Origen y evolución.	48
2.2. Naturaleza jurídica.	51
2.3. Concepto y características.	56
2.4. Clasificación del contrato de <i>joint venture</i> .	59
2.5. Tipos de <i>joint ventures</i> .	60
2.6. Elementos constitutivos del contrato de <i>joint venture</i> .	65
2.6.1. Naturaleza contractual.	66
2.6.2. Objeto específico.	66
2.6.3. Plazo.	67
2.6.4. Control conjunto.	68
2.6.5. Distribución de resultados.	69
2.6.6. <i>Intuitu personae</i> .	70
2.6.7. Naturaleza fiduciaria.	70
2.6.8. Responsabilidad limitada.	72
2.7. Elementos esenciales y de validez del contrato de <i>joint venture</i> .	73
2.8. Utilidad del contrato de <i>joint venture</i> .	79
2.9. Disolución y liquidación del contrato de <i>joint venture</i> .	82
2.10. Mecanismos de solución de controversias en los contratos de <i>joint venture</i> internacionales.	84
2.10.1. La mediación.	84
2.10.2. La conciliación.	85

2.10.3. El arbitraje.	86
-----------------------	----

CAPÍTULO TERCERO.

FORMAS JURÍDICAS AFINES AL CONTRATO DE *JOINT VENTURE* EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO.

3.1. La asociación en participación.	92
3.2. Contrato de transferencia de tecnología.	97
3.3. Concentración de sociedades.	102
3.3.1. Consorcios de exportación.	104
3.3.2. Sociedades de responsabilidad limitada de interés público.	106
3.3.3. El cártel.	109
3.4. El contrato de sociedad.	110
3.5. Fusión.	115
3.6. Escisión.	119

CAPÍTULO CUARTO.

PROPUESTA DE REGULACIÓN JURÍDICA DEL CONTRATO DE *JOINT VENTURE* EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO.

122

CONCLUSIONES.	130
---------------	-----

BIBLIOGRAFÍA.	134
---------------	-----

INTRODUCCIÓN.

Los contratos mercantiles son los instrumentos jurídicos más importantes del derecho mercantil, y debido a los procesos globalizadores que se viven en todo el mundo, es necesario que vayan evolucionando conforme a las necesidades comerciales tanto a nivel nacional como internacional.

Hoy en día los comerciantes se ven en la necesidad de conjugar tanto sus recursos como sus esfuerzos con el fin de lograr ciertos objetivos, y con base en la legislación actual, esto solo lo pueden hacer a través de la creación de una nueva persona moral, o bien por medio de otras figuras como podría ser la fusión y la escisión de sociedades, pero debido a que son procesos muy lentos y de altos costos, no son alternativas viables para los comerciantes, por lo que las empresas optan por celebrar contratos de carácter asociativo, en los que combinan sus recursos sin perder su individualidad, con el fin de lograr un objetivo.

En virtud de lo anterior, se han comenzado a utilizar nuevas formas jurídicas que no se encuentran reguladas dentro de la legislación, y que se conocen con el nombre de contratos atípicos, y son a través de estos que los comerciantes pueden lograr sus fines sin tener que cumplir con más obligaciones que las que se señalan dentro de los mismos.

Dentro de esas figuras jurídicas encontramos el contrato de *joint venture*, en el cual dos o más personas, ya sean físicas o morales, nacionales o extranjeras, combinan una serie de recursos para realizar un proyecto específico, el cual de

manera individual sería casi imposible realizar, participando de manera conjunta tanto en la administración como en los resultados del mismo.

Una de las ventajas que tiene este contrato es que permite a las partes conservar su individualidad y además no es necesaria la creación de una nueva persona moral.

El contrato de *joint venture*, es una figura jurídica muy útil, sobre todo en los países subdesarrollados, como es el caso de México, en donde es difícil realizar ciertos proyectos debido a la escasez de recursos y al atraso tecnológico, ya que por medio de estos es posible captar inversiones extranjeras, contribuyendo al desarrollo sostenido de la economía nacional.

Con base en lo anterior, y debido a los beneficios que hay con la celebración de este tipo de pactos, es necesario comenzar a regularlos, en sus aspectos más generales para no convertirlo en un contrato rígido, permitiendo a las partes conservar su libertad contractual, y con el fin de dar mayor seguridad jurídica a los contratantes.

La inclusión del contrato de *joint venture* dentro de la legislación mexicana favorecería al desarrollo del libre comercio y podría servir como una modalidad de colaboración a nivel empresarial tanto en el sector público como en el privado, con el fin de reactivar ciertas áreas de la economía nacional.

CAPÍTULO PRIMERO.

DE LOS CONTRATOS MERCANTILES ATÍPICOS.

1.1 Contratos mercantiles.

1.1.1 Concepto de contrato mercantil.

Para poder entrar al estudio del contrato mercantil, es necesario saber en primer lugar qué se entiende por contrato.

Etimológicamente, la palabra contrato proviene del latín *contractus*, que significa contraer, estrechar, unir, contrato, pacto. Y esta voz deriva de *contraho*, que entre otras acepciones, tiene la de juntar o reunir.

Gramaticalmente puede definirse como acuerdos o convenios entre partes o personas que se obligan a materia o cosa determinada, y a cuyo cumplimiento pueden ser compelidas¹.

Dentro de la legislación mexicana, específicamente en el artículo 1793 del Código Civil Federal se define al contrato como un convenio que produce o transfiere obligaciones y derechos.

Importantes juristas han hecho profundos estudios acerca del contrato, y todos ellos parten de la idea de que en el derecho en general existen dos tipos de actos a través de los cuales se generan consecuencias de derecho atendiendo a la

¹ En voz del doctor Nestor A. Pizarro. "Enciclopedia Jurídica OMEBA", Tomo IV, Editorial Driskill, S.A., Argentina 1984. Pag. 120

intervención o no de la voluntad del hombre para generar consecuencias de derecho.

Al respecto, el Doctor Galindo Garfias² dice que todos aquellos fenómenos de la naturaleza o bien hechos en donde intervenga la conducta humana y que produzcan efectos de derecho independientemente de la voluntad del sujeto, se conocen con el nombre de hechos jurídicos; y cuando estamos frente a acontecimientos que producen efectos jurídicos y que interviene la voluntad del hombre dirigida expresa y deliberadamente a producir los efectos previstos en la norma jurídica, estamos hablando de un acto jurídico, siendo estos últimos los que nos interesan para el estudio de los contratos mercantiles.

Así mismo, el maestro Rafael Rojina Villegas, define al acto jurídico como "Una manifestación de voluntad que se realiza con el objeto de producir determinadas consecuencias de derecho, las cuales son reconocidas por el ordenamiento jurídico"³.

La doctrina francesa⁴ nos habla de que los actos jurídicos pueden ser, dependiendo del número de voluntades que intervengan en los mismos, unilaterales o bilaterales, y estos últimos a su vez se dividen en convenios y contratos, dependiendo de los efectos que se produzcan con la celebración de los mismos, y los encontramos regulados en los artículos 1792 y 1793 del Código Civil Federal respectivamente.

² Cfr. GALINDO GARFIAS, Ignacio. "Derecho Civil". 15ª.ed., Editorial Porrúa, S.A., México, 1997. Pag. 210

³ ROJINA VILLEGAS, Rafael. "Derecho Civil Mexicano", Tomo quinto, Obligaciones, Volumen I, 33ª. ed., Editorial Porrúa, S.A., México, 2001. Pag. 99

⁴ GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. "Introducción al estudio del derecho", 48ª. ed., Editorial Porrúa, S.A., México, 1996. Pag. 183

A continuación citaré algunas definiciones que han dado diversos juristas de lo que es un contrato:

Los juristas Colin y Capitant dicen lo siguiente: "El contrato o convenio es un acuerdo de dos o varias voluntades en vista de producir efectos jurídicos contratando; las partes pueden tener por fin, sea crear una relación de derecho: crear o transmitir un derecho real o dar nacimiento a obligaciones; sea modificar una relación preexistente, sea en fin extinguirla..."⁵

El doctor Víctor M. Castrillón y Luna nos define lo que es un contrato y un convenio partiendo de la base de que ambos son actos jurídicos, y califica al contrato como una especie del género convenio, y nos dice que un contrato es "un acuerdo de voluntades para crear o transferir derechos y obligaciones, en tanto que el convenio en la conjunción de las voluntades incluye también la modificación y extinción de los derechos y las obligaciones"⁶

El maestro Miguel Angel Zamora y Valencia, define al contrato como "el acuerdo de voluntades de dos o más personas para crear o transmitir derechos y obligaciones de contenido patrimonial"⁷

El maestro Rafael Rojina Villegas, define al contrato como "un acto jurídico plurilateral que tiene por objeto crear o transmitir derechos y obligaciones, reales o personales"⁸.

⁵ Colin y Capitant, autores citados por BORJA SORIANO, Manuel. "Teoría General de las Obligaciones", 15ª. ed., concordada por Francisco e Ignacio Borja Martínez, Editorial Porrúa, S.A., México, 1997. Pag. 111

⁶ CASTRILLÓN Y LUNA, Victor M. "Contratos Mercantiles", 1ª. ed., Editorial Porrúa, S.A., México, 2002. Pag. 34

⁷ ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Angel. "Contratos Civiles", Editorial Porrúa, S.A., México, 2002. Pag. 22

Con base en lo antes expuesto, se puede decir que un contrato es un acuerdo de voluntades entre dos o más sujetos que tienen la intención de producir o transferir derechos y obligaciones para todos los que intervienen en el.

Ahora bien, para poder entrar al estudio del contrato mercantil y por ser este uno de los instrumentos jurídicos más importantes en materia mercantil, es importante comenzar diciendo que, a pesar de su importancia, el contrato mercantil no se encuentra regulado sistemática y específicamente dentro de la legislación mercantil, por lo que para su estudio es necesario remitirse a la legislación civil, ya que ésta resulta aplicable en la mayoría de sus principios y reglas a los contratos mercantiles, por lo que es de aquí de donde se puede determinar tanto el concepto como los elementos de existencia y validez de los contratos mercantiles.

Al respecto, el artículo 81 del Código de Comercio establece que salvo ciertas modificaciones y restricciones contenidas en dicho código, van a ser aplicables a los actos mercantiles las disposiciones del derecho civil relativas a la capacidad de los contrayentes y a las excepciones y causas que invalidan los contratos. Esta disposición se complementa, con el artículo 2 del mismo ordenamiento legal, en el que remite a las disposiciones del derecho común contenidas en el Código Civil Federal (con las reformas del 13 de junio de 2003) como supletorio de la normatividad mercantil, de tal forma que aunque el artículo 81 sólo habla de supletoriedad respecto a la capacidad de los contratantes y a las ineficacias, también resultan aplicables a los contratos mercantiles todas las disposiciones generales sobre los contratos y otros actos jurídicos siempre que no se opongan

* ROJINA VILLEGAS, Rafael. "Derecho Civil Mexicano" Tomo cuarto, Contratos I, 33ª. ed., Editorial Porrúa, S.A., México, 2001. Pag. 10

a la naturaleza de éstos o a disposiciones especiales de la ley sobre los mismos, tal como lo establece el artículo 1859 del Código Civil Federal.

Con base en lo anterior y entrando al estudio del contrato mercantil, se dice que un contrato va a tener el carácter de mercantil cuando esté incluido en el Código de Comercio y esté relacionado con alguno de los actos de comercio enumerados en el artículo 75 del citado ordenamiento jurídico, ya que la mayoría de estos producen sus efectos a través de la celebración de un contrato, y además constituyen la base del derecho mercantil, y sirven para caracterizar todas las operaciones de comercio constituyendo a su vez un concepto necesario para el estudio de los contratos mercantiles.

Dentro del Código de Comercio se establece que para que exista un contrato mercantil es necesaria la intervención de un comerciante y la destinación al comercio.

El maestro Javier Arce Gargollo⁹ nos dice que para poder determinar cuándo un contrato es mercantil, existen diversos criterios de distinción, entre los que podemos encontrar los siguientes:

- a) El fin de lucro o de provecho que se persigue al momento de su celebración;
- b) Que constituya alguno de los actos de comercio señalados en el artículo 75 del Código de Comercio, mismos que en su mayoría producen sus efectos a través de la celebración de un contrato;

⁹ ARCE GARGOLLO, Javier. "Contratos Mercantiles Atípicos", 6ª. ed., Editorial Porrúa, S.A., México, 1999. Pags. 34-36

- c) En la mayoría de los casos, la mercantilidad de un contrato estará basada en la intervención de un comerciante, y
- d) Que el objeto del contrato tenga naturaleza mercantil.

Atendiendo a lo anterior, se puede definir al contrato mercantil como un acuerdo de voluntades entre dos o más sujetos para llevar a cabo un acto de comercio, y en donde al menos uno de ellos tenga el carácter de comerciante y tenga la intención de obtener un provecho (especulación comercial), con el objeto de producir o transferir derechos y obligaciones.

1.1.2 Elementos esenciales de los contratos.

Ya se ha visto que para la formación de los contratos mercantiles son aplicables las mismas normas generales que se aplican en materia civil y que forman parte del derecho en general de las obligaciones, por lo tanto, para que se reconozca la existencia de un acto jurídico es necesario que cumpla con los requisitos que la ley señala, ya que de faltar alguno de éstos, sería considerado como un acto jurídico inexistente para el derecho.

El maestro Rafael de Pina nos dice que los elementos del contrato "son los requisitos o condiciones que en éste deben concurrir para su existencia"¹⁰.

El artículo 1794 del Código Civil Federal establece que son dos los elementos necesarios para la existencia de los contratos:

- a) El consentimiento, y

¹⁰ DE PINA, Rafael. "Elementos de Derecho Civil Mexicano", 13ª. ed., Editorial Porrúa, S.A., México, 2000. Pag. 297

b) El objeto que pueda ser materia del contrato

Mas sin embargo varios juristas mexicanos como son el maestro Rafael Rojina Villegas, el doctor Jorge Alfredo Domínguez Martínez, el maestro Gutiérrez y González, entre otros, agregan como un elemento esencial de los contratos y de los actos jurídicos en general la solemnidad.

El Doctor Rafael Rojina Villegas¹¹, nos dice que son tres los elementos esenciales del acto jurídico:

- a) La manifestación de voluntad, ya sea de manera expresa o tácita;
- b) La existencia de un objeto física y jurídicamente posible, y
- c) El reconocimiento que haga la norma jurídica a los efectos deseados por el autor del acto.

1.1.2.1 Manifestación de voluntad y consentimiento.

La manifestación de voluntad la podemos definir como una declaración unilateral con el fin de crear consecuencias jurídicas, y permite que se conozca la voluntad de un sujeto.

El consentimiento es el elemento esencial del contrato. Consiste en el acuerdo de dos o más voluntades sobre la producción o transmisión de obligaciones y derechos, siendo necesario que estas voluntades tengan una manifestación exterior. Uno de los futuros contratantes propone a otro las condiciones de un

¹¹ ROJINA VILLEGAS, Rafael. *"Derecho Civil Mexicano", Tomo Primero, Introducción y personas.* 33ª. ed., Editorial Porrúa, S.A., México, 2001. Pag. 331-333

contrato; esto es lo que se llama oferta o policitud. Si el otro se muestra conforme con ellas, le da su aceptación, y es cuando queda formado el consentimiento¹².

El consentimiento puede ser expreso o tácito tal y como lo establece el artículo 1803 del Código Civil Federal.

Hay consentimiento expreso cuando este se ha expresado de manera verbal, escrita, por medios electrónicos, ópticos o por cualquier otra tecnología, o por signos inequívocos. Todas estas maneras de manifestar el consentimiento se hacen con el fin de llegar a la celebración del contrato; son manifestaciones directas y a esto es a lo que se llama consentimiento expreso, mientras que el consentimiento tácito, es el que resulta de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo; es decir, que hay una manifestación indirecta de la voluntad. Cuando no se ha empleado una forma directa para celebrar un contrato, pero se ejecutan hechos que demuestran que se ha celebrado¹³.

Es necesario destacar que no se considera válido el consentimiento si ha sido dado por error, arrancado por violencia o sorprendido por dolo, y cuando se da alguno de estos supuestos, el acto jurídico será considerado nulo.

Con base en lo anterior, y enfocándonos a la estructura de los contratos mercantiles, podemos decir que para que estos se conformen es necesario pasar por tres momentos o etapas y son: la oferta o propuesta, la aceptación y el acuerdo o perfección del pacto.

¹² BORJA SORIANO, Manuel. *Op. Cit.* Pag. 121

¹³ *Cfr.* BORJA SORIANO, Manuel. *Op. Cit.* Pag.180

La oferta o policitud es una declaración unilateral de voluntad en donde uno de los futuros contratantes propone a otro las condiciones de un contrato, esta no vincula por sí misma al que la hace, sino hasta el momento en que deja de ser propuesta para convertirse en consentimiento, es decir, cuando es aceptada; por lo que el destinatario de la propuesta puede o no contestar aceptando o rechazando la misma¹⁴, así mismo, el autor de la propuesta podrá revocarla antes de que sea aceptada, de tal suerte que la voluntad de contratar para que sea vinculante, debe persistir hasta el momento en que el contrato se perfecciona.

Es excepción a la regla de no obligatoriedad de la promesa antes de ser aceptada cuando la propuesta se hace “en firme” y que sea acompañada de un plazo, ya que el señalamiento de este plazo contiene una renuncia implícita al derecho de revocación hasta en tanto el plazo no expire (artículo 1804 del Código Civil Federal).

La aceptación es la declaración dirigida al proponente de querer realizar y concluir el contrato como ha sido propuesto; para que esta aceptación sea válida es necesario que corresponda exactamente a la propuesta, ya que una aceptación limitada o condicionada equivaldría a rechazar la propuesta formulando otra, trayendo como consecuencia el cambio de posición de los interesados, y además deberá ser una declaración recepticia, es decir que vaya dirigida al proponente por aquel a quien la proposición fue hecha.

La coincidencia entre la oferta o policitud y la aceptación forman el consentimiento, perfeccionando así el contrato.

¹⁴ Cfr. BORJA SORIANO, Manuel. *Op. Cit.* Pag.121

1.1.2.2 El objeto que pueda ser materia del contrato.

En todos los actos jurídicos debemos distinguir entre dos tipos de objetos, el objeto directo y el objeto indirecto. El objeto directo consiste en crear, transmitir, modificar o extinguir derechos y obligaciones, mientras que el objeto indirecto, se refiere a la cosa o el hecho materia del contrato; este no se presenta en todos los actos jurídicos, generalmente lo encontramos en los contratos y en los convenios.

El Doctor Domínguez Martínez nos señala tres acepciones del objeto:

“Objeto directo del contrato, que de acuerdo con la definición de lo que es contrato, es el producir derechos y obligaciones.

Objeto indirecto del contrato, que es el objeto directo de la obligación, que es una conducta de dar, hacer o no hacer.

Objeto del contrato, acepción utilizada por nuestro Código Civil, para la cosa material que la persona debe entregar”¹⁵.

Hemos dicho que el objeto directo del acto jurídico debe ser jurídicamente posible, lo que significa que los derechos y obligaciones que se pretendan crear, modificar, transmitir o extinguir no deben ser contrarios a una norma jurídica.

Por lo que respecta al objeto indirecto del acto jurídico, y en especial de los contratos, éste debe ser posible físicamente, ya sea que se trate de cosas o de hechos.

¹⁵ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo. *“Derecho Civil”*, 6ª. ed., Editorial Porrúa, S.A., México, 1998. Pag. 529

Cuando el objeto indirecto sea una cosa, esta debe cumplir con tres requisitos, tal como lo establece el artículo 1825 del Código Civil Federal, y son:

- a. Existir en la naturaleza, aunque dentro del mismo código se regula la posibilidad de celebrar contratos sobre cosas futuras, es decir que no existan pero que están en posibilidad de existir;
- b. Debe ser determinada o determinable en cuanto a su especie, es decir que la cosa debe ser determinable en cuanto al género y a la especie, de tal manera que sea posible que los otorgantes la identifiquen plenamente, y
- c. Estar en el comercio, es decir que la cosa, atendiendo a su naturaleza y a falta de prohibición legal, sea reductible a propiedad de una persona.

Cuando un acto jurídico carece de objeto se considera un acto inexistente. El objeto puede ser imposible desde el punto de vista físico, cuando este no podrá realizarse en virtud de que una ley de la naturaleza constituye un obstáculo para su realización; y va a existir imposibilidad jurídica, cuando físicamente puede realizarse, pero existe una norma jurídica que impide su realización.

1.1.2.3 Solemnidad.

La solemnidad no es un elemento común a todos los actos jurídicos como lo son el consentimiento y el objeto; ésta es propia de aquellos actos para los que la ley expresamente lo requiera.

Un acto va a ser solemne cuando por disposición de la ley, la voluntad del sujeto deba ser declarada precisamente en la forma que el derecho establezca, por lo que cuando falta dicha solemnidad, la voluntad del sujeto no va a ser válida

para el Derecho, ya que jurídicamente, la única forma para exteriorizar esa voluntad en los actos solemnes es la vía de la solemnidad requerida.

El maestro Gutiérrez y González define la solemnidad de la siguiente manera: "La solemnidad es el conjunto de elementos de carácter exterior, sensibles en que se plasma la voluntad de los que contratan, y que la ley exige para la existencia del acto. El efecto de esta forma, es darle existencia al acto jurídico, y así por el contrario ante su falta, por ministerio de la ley, la voluntad de los que pretendan contratar no produce los efectos deseados y su voluntad no alcanza el rango de acto jurídico y se puede decir con la tesis clásica que el acto no existe"¹⁶

Por otro lado, el Doctor Domínguez Martínez nos dice que la caracterización de la solemnidad como elemento esencial del negocio jurídico está fundada en las siguientes afirmaciones:

- A. "Se trata del elemento esencial formal o de forma del negocio;
- B. Su participación es únicamente en aquellos negocios que la ley la exige;
- C. Implica una serie de formalidades; deben otorgarse por escrito y normalmente requieren de un otorgamiento ante el funcionario público señalado por la ley en cada caso;
- D. Dichas formalidades son indispensables para la estructura del negocio considerado legalmente por ello como negocio solemne, y
- E. Suele considerarse por la generalidad de la doctrina, que la falta de observancia de las formalidades legalmente impuestas, trae como consecuencia que no existe el supuesto negocio carente de ellas"¹⁷.

¹⁶ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. "Derecho de las Obligaciones", Editorial Porrúa, S.A., México, 2000. Pag. 313

¹⁷ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo., *Op. Cit.* Pag. 554

Dentro de la legislación mexicana, no existe dentro de los actos jurídicos, algún contrato solemne, y es por eso que este elemento no está contenido dentro de los elementos de existencia enunciados en el artículo 1794 del Código Civil Federal, pero dicha omisión, no es indicativa de la ausencia de actos jurídicos solemnes en nuestro derecho, ya que sí existen tales, como lo es el matrimonio.

En el derecho mercantil cambiario hay algunos casos de actos jurídicos solemnes¹⁸, como son los títulos de crédito que consagran declaraciones unilaterales de voluntad; para la existencia del acto requiere la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, el otorgamiento de un documento que cumpla con una serie de menciones y declaraciones precisadas por la ley, y que a falta de alguna de ellas hace inexistente al título de crédito como tal, por ejemplo en el artículo 76 de la citada ley, se requiere que la letra de cambio contenga la mención de ser Letra de cambio¹⁹.

¹⁸ BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel. "Obligaciones Civiles", 5ª. ed., Editorial. Oxford, México, 1996. Pag. 224

¹⁹ IUS 2003. *Tesis jurisprudencial* 3ª /J.37 23/89.

LETRAS DE CAMBIO. EL PRINCIPIO DE LITERALIDAD EXIGE LA INCLUSIÓN DE ESAS PALABRAS EN SU TEXTO. Atendiendo al principio de literalidad de los títulos valor, deben incluirse necesariamente los vocablos "Letra de Cambio" en los títulos de crédito de que se trata, ya que de acuerdo con el artículo 76, fracción I, de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en dichos documentos se estableció el carácter literal del derecho que a ellos se incorpora, porque su eficacia para engendrar derechos y obligaciones depende exclusivamente del elemento formal de la escritura como causa eficiente de la relación jurídica contractual, pues la declaración literal estampada en el título, será la pauta y medida de la obligación del que lo suscribe y constituye el rasgo característico que señala la doctrina cuando habla de la literalidad; además, porque el propio legislador cuando quiso admitir fórmulas equivalentes cuidó de decirlo expresamente, como lo demuestran los artículos 34, in fine, 35, 36, 111 y 141 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

1.1.3 Elementos de validez de los contratos.

El doctor Rafael Rojina Villegas define la validez como “la existencia perfecta del acto por reunir los elementos esenciales y no tener ningún vicio interno o externo”²⁰. Cuando un acto jurídico cumple con todos esos requisitos, tiene una existencia perfecta, y por lo tanto se considera como válido, pero cuando un acto jurídico padece de algún vicio en su formación, se considera como un acto imperfecto y por consiguiente será un acto nulo.

Los elementos que exige la ley para que un acto jurídico sea válido interpretados *a contrario sensu* son los siguientes:

- a. Que el acto tenga un fin, motivo, objeto y condición lícitos, que es lo que se conoce como *licitud*;
- b. Que la voluntad se exteriorice de acuerdo con las formas legales, que es lo que se conoce como *formalidad*;
- c. Que la voluntad se exprese sin vicio alguno, como pueden ser el error, dolo, violencia o lesión, y
- d. Que la voluntad se otorgue por persona capaz, que es lo que conocemos como la *capacidad*.

Es importante señalar que cuando un acto jurídico carece de licitud en el objeto, motivo o fin, se presenta en la mayoría de los casos la nulidad absoluta, salvo que por disposición de la ley se desprenda que es relativa, mientras que a falta de cumplimiento de los otros tres requisitos (formalidad, ausencia de vicios y capacidad), se produce una nulidad relativa en el acto jurídico.

²⁰ ROJINA VILLEGAS, Rafael. “Derecho Civil Mexicano”, Tomo primero, introducción y Personas, Op.Cit. Pag. 354

Estos requisitos de validez se definen en la legislación mexicana, específicamente en el artículo 1795 del Código Civil Federal, y en la doctrina en general por oposición, es decir que la norma establece que el acto será inválido cuando presente vicios internos y /o externos como son: la ilicitud en el fin, motivo, objeto o condición; la ausencia de vicios en el consentimiento; la incapacidad y la falta de forma.

1.1.3.1 Licitud en el fin, motivo u objeto.

La fracción III del artículo 1795 del Código Civil Federal, establece como una de las causas de invalidez, la ilicitud del fin, motivo u objeto determinante de la voluntad, en relación con los contratos, misma que es aplicable a todos los convenios y actos jurídicos.

“El motivo, son las intenciones internas o subjetivas del sujeto relacionadas directamente con la cosa o el hecho que constituye el contenido de la prestación de la otra parte”²¹, es decir , es la razón por la cual el sujeto manifiesta su voluntad en un determinado sentido.

El fin, se puede decir que son los objetivos que un sujeto pretende alcanzar con su manifestación.

El motivo y el fin deberán ser determinantes de la voluntad, y a ellos se deberá el otorgamiento del acto, por lo que deberán estar expresados en el acto jurídico de tal manera que se puedan conocer fehacientemente para poder determinar la

²¹ ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Angel. *Op. Cit.* Pag. 47

relación entre la norma y el contenido del acto y que en caso de ser ilícito, pueda ser declarada fácilmente su nulidad.

Todo contrato va a ser ilícito si las disposiciones en él contenidas son contrarias a las leyes de orden público o a las buenas costumbres, tal como lo establecen los artículos 1830 y 2225 del Código Civil Federal; también serán ilícitos y por lo tanto nulos, los actos ejecutados en contra de leyes prohibitivas o de interés público (artículo 8° del Código Civil Federal).

Son leyes de orden público aquellas que están orientadas a constituir una situación de ordenación tal que no pueda ser alterada por la voluntad unilateral o bilateral de los individuos ni por la eventual aplicación de leyes extranjeras²².

El jurista Du Pasquier, define la costumbre como “un uso implantado en una colectividad y considerado por ésta como jurídicamente obligatorio...”²³; ésta se forma por las reglas sociales derivadas de un uso reiterado en el tiempo, y toman el carácter de obligatorias cuando los individuos que las practican y aplican les otorgan ese carácter.

Las leyes prohibitivas son aquellas disposiciones que contienen restricciones de la libertad contractual impuesta por la necesidad de salvar al interés colectivo de la preponderancia de la autonomía privada, y que no pueden ser derogadas por los participantes.

²² “Enciclopedia Jurídica OMEBA”, Tomo XVIII, Editorial Driskill, S.A., Argentina 1984. Pag. 345

²³ Du Pasquier, autor citado por GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. *Op. Cit.* Pag. 61

Y por último, tenemos las Leyes de interés público; al respecto el Doctor Rafael Martínez Morales²⁴ dice que hay interés público cuando el Estado considera primordial y trascendente proteger un bien o servicio material o cultural común a un importante sector de la población.

1.1.3.2 Ausencia de vicios en el consentimiento.

Para que un acto jurídico sea válido, es necesario que la voluntad de cada uno de los individuos que intervienen en él se exprese de forma conciente, real, libre y exenta de vicios. El Código Civil Federal en su artículo 1795 fracción II, señala como una causal de invalidez de los contratos la existencia de vicios del consentimiento.

El maestro Miguel Angel Zamora y Valencia nos dice que los vicios del consentimiento "son aquellas circunstancias particulares que sin suprimirlo, lo dañan"²⁵.

Los vicios del consentimiento son todos aquellos elementos que intervienen en la formación de la voluntad de un sujeto impidiendo que éste tenga conocimiento de la realidad, ya sea por error o dolo; cuando sea privado de la libertad para decidir como puede ser la violencia, o cuando se produce un menoscabo considerable en el patrimonio de una de las partes en beneficio de la otra, como es la lesión.

²⁴ MARTINEZ MORALES, Rafael. "Derecho Administrativo 3ro. Y 4º. Curso", 2ª. ed., Editorial Harla, México, 1997, Pag. 174

²⁵ ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Angel. *Op. Cit.* Pag. 40

El error.

El error es el falso conocimiento de una cosa o bien el total desconocimiento de la misma y que es determinante para el sujeto en la formación de su voluntad en un sentido distinto a aquel que se hubiera formado sin la existencia de esa circunstancia.

El error implica una noción falsa sobre la realidad; es la discrepancia que hay entre la realidad y la concepción que quien celebra el acto tiene de ella²⁶.

El error puede ser de hecho o de derecho, y esto depende si recae sobre las condiciones materiales del negocio o bien que signifique un parcial o total desconocimiento de una norma jurídica. Ambos producen la invalidez del acto jurídico.

Para que el error, ya sea de hecho o de derecho produzca la invalidez del acto jurídico, éste deberá recaer sobre los elementos esenciales del acto como son la formación de la voluntad y el objeto, y además debe actuar como motivo que impulse a la voluntad a celebrarlo (artículo 1813 del Código Civil Federal).

El doctor Domínguez Martínez²⁷ nos da una clasificación del error y es la siguiente:

- A. Error de hecho, que es el que recae sobre las situaciones objetivas relacionadas con los sujetos o con los objetos receptores de los efectos del acto;

²⁶ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo. *Op. Cit.* Pag. 593

²⁷ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo. *Op. Cit.* Pag. 593-605

- B. Error de derecho, que tiene lugar por el desconocimiento o interpretación inexacta de la ley y que no coincide con su sentido real;
- C. Error de cálculo, que es el provocado por un resultado distinto al supuesto por el otorgante del acto respecto de las ventajas o desventajas a obtenerse por la celebración de un negocio; y
- D. Error de cuenta, es decir, el equívoco matemático cometido cuando se hace una operación numérica.

El dolo.

Se presenta cuando una de las partes o un tercero han ejecutado un conjunto de maquinaciones o artificios engañosos por medio de las cuales una persona es inducida a otorgar un acto jurídico, que de otro modo no habría consentido o lo habría celebrado de otra manera, bajo diferente estipulación.

Al respecto el Código Civil Federal dice lo siguiente:

Artículo 1815. Se entiende por dolo en los contratos cualquiera sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes...

El maestro Rojina Villegas²⁸ dice que existen varias clasificaciones del dolo y son las siguientes:

²⁸ ROJINA VILLEGAS, Rafael. " *Compendio de Derecho Civil*", 33ª. ed., Editorial Porrúa, México, 2001. Pag. 146

- a) El dolo principal o determinante que es aquél que motiva la nulidad del acto en virtud de que engendra un error que es a su vez la única causa por la que se celebró;
- b) El dolo incidental, que es aquél que origina un error de importancia secundaria, ya que a pesar de conocerse se hubiera celebrado el contrato, y
- c) El dolo bueno, que es aquél que emplean los comerciantes para ponderar las cualidades de la mercancía, con la intención de provocar un interés excesivo en el cliente, exagerando esas cualidades.

La violencia.

“Se llama violencia o intimidación, a toda coacción ejercida sobre la voluntad de una persona, sea por la fuerza material o por medio de amenazas, para determinarla o consentir en un acto jurídico”²⁹ (Planiol).

Se puede decir que la violencia consiste en las amenazas ejercidas en contra del autor del acto, produciendo en él un temor bajo cuya acción celebra el negocio jurídico.

La violencia puede ser física o moral; la primera se presenta cuando por medio del dolor, de la fuerza física o de la privación de la libertad, se coacciona la voluntad a efecto de que se exteriorice en la celebración de un acto jurídico. También existirá cuando por la fuerza se priva a otro de sus bienes, o se les hace daño para lograr el mismo objetivo, o cuando por la misma fuerza se corre el peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o el patrimonio. Por otro

²⁹ PLANIOL, autor citado por GALINDO GARFIAS, Ignacio. *Op. Cit.* Pag. 233

lado, la violencia moral existe cuando se hacen amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o los bienes del autor del acto jurídico, de su cónyuge, ascendientes, descendientes o parientes colaterales hasta el segundo grado, tal como lo establece el artículo 1819 del Código Civil Federal³⁰.

La lesión.

El maestro Zamora y Valencia dice que la lesión "es el perjuicio que sufre una persona de la cual se ha abusado por estar en un estado de suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria, en la celebración de un contrato, consistente en proporcionar al otro contratante un lucro excesivo en relación a lo que él por su propia parte se obliga"³¹. En la legislación civil se reconoce a la lesión como un vicio de carácter tanto subjetivo como objetivo; tiene carácter subjetivo, porque vicia el consentimiento en el perjudicado, y es de carácter objetivo porque debe tenerse en cuenta para admitir la lesión, cierto grado de desproporción entre las prestaciones.

En materia mercantil la lesión no se encuentra regulada ya que como lo establece el Código de Comercio, los comerciantes son personas que hacen del comercio su ocupación ordinaria, por lo que al momento de actuar no es posible que exista suma ignorancia o notoria inexperiencia. Al respecto, el artículo 385 del mismo ordenamiento legal establece que: "Las ventas mercantiles no se rescindirán por causa de lesión; pero al perjudicado además de la acción criminal que le compete, le asistirá la de daños y perjuicios contra el contratante que hubiese procedido con dolo o malicia en el contrato o en su cumplimiento.

³⁰ ROJINA VILLEGAS, Rafael. " *Compendio de Derecho Civil*", *Op. Cit.* Pag. 147

³¹ ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Angel. *Op. Cit.* Pag. 44

1.1.3.3 Capacidad.

La capacidad de las partes al momento de celebrar los actos jurídicos es un requisito de validez, por lo que la falta de ésta es una causa de invalidez que da origen a la nulidad relativa del contrato o del acto jurídico en general.

El maestro Ernesto Gutiérrez y González dice que la capacidad “es la aptitud jurídica para ser sujeto de derechos y de deberes, y hacerlos valer”³².

La capacidad comprende dos aspectos: la capacidad de goce, que es la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, y la capacidad de ejercicio que es la aptitud para hacer valer aquellos y cumplir éstas, por sí mismo.

La capacidad de las personas morales, de acuerdo con el artículo 26 del Código Civil Federal, está limitada en razón de su objeto, naturaleza y fines, por lo que estas no estarán facultadas a adquirir bienes o derechos o reportar obligaciones que no tengan relación con su objeto y fines propios.

Nuestro Código Civil Federal señala que son hábiles para contratar todas las personas no exceptuadas por la ley (artículo 1798), y dichas excepciones las encontramos en el artículo 450 del mismo ordenamiento legal.

La incapacidad consiste en la imposibilidad ya sea jurídica o natural de hacer valer los derechos o cumplir las obligaciones.

Son incapaces :

³² GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. *Op. Cit.* Pag. 341

"I.- Los menores de edad;

II.- Los mayores de edad disminuidos o perturbados en su inteligencia, aunque tengan intervalos lúcidos; y aquellos que padezcan alguna afectación originada por enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico, psicológico o sensorial o por la adicción a sustancias tóxicas como el alcohol, los psicotrópicos o los estupefacientes; siempre que debido a la limitación, o a la alteración en la inteligencia que esto les provoque no puedan gobernarse y obligarse por sí mismos o manifestar su voluntad por algún medio."

Los incapaces ejercerán sus derechos y cumplirán sus obligaciones por medio de sus representantes, en el caso de los menores de edad, por las personas que ejerzan la patria potestad o por el tutor, y en caso de los mayores de edad enunciados en el artículo 450 del Código Civil, por conducto de su tutor.

El artículo 1795 del Código Civil Federal establece en la fracción I que el contrato puede ser invalidado por incapacidad legal de las partes o de una de ellas; lo que significa que la incapacidad de los contratantes hacen que el contrato sea nulo.

La nulidad sólo puede ser alegada por el incapaz (artículo 2230 del Código Civil Federal); el contrato puede ser confirmado cuando cese la incapacidad (artículo 2233); su cumplimiento voluntario por medio del pago, novación o cualquier otro modo, se tiene por ratificación tácita y extingue la acción de nulidad (artículo 2234); la acción de nulidad es prescriptible (artículo 2236); por último el artículo 2228 establece que la incapacidad de cualquiera de los autores del acto produce la nulidad relativa del mismo.

La representación es un tema relacionado con la capacidad como elemento de validez del contrato, y se presenta cuando una persona celebra un contrato o un acto jurídico en nombre y por cuenta de otra, de tal manera que los efectos repercutirán en el patrimonio y en la persona de aquel sujeto que no intervino en el acto denominado representado, y no afectarán el patrimonio del representante, quien sí intervino en dicho acto.

El maestro Ernesto Gutiérrez y González define la representación como “El medio que establece la ley o de que dispone una persona capaz, para obtener a través del empleo de la voluntad de otra persona capaz, los mismos efectos jurídicos que si hubiera actuado el capaz o válidamente un incapaz”³³.

1.1.3.4. Forma.

La forma se refiere a la manera en que puede o debe manifestarse la voluntad y el consentimiento al momento de celebrar un contrato, y atendiendo a la misma, los contratos se clasifican en formales, consensuales y solemnes.

Al respecto el maestro Miguel Angel Zamora y Valencia³⁴ explica lo siguiente:

Se clasifican como contratos formales aquellos para los que la ley exige una forma determinada y no otra diferente para que se produzcan determinadas consecuencias pero esas consecuencias se producen también aunque no se satisfaga la forma prevista y sólo se establece la nulidad del contrato por la falta de tal forma, destruyéndose retroactivamente esos efectos cuando se pronuncie por el juez la nulidad.

³³ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. *Op. Cit.* Pag. 350

³⁴ ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Angel. *Op. Cit.* Pags. 78 y 79

Cuando la ley no exige forma determinada para la validez de un contrato, dejando a las partes la libertad más absoluta para que le den la forma que ellas determinen, estaremos frente a un contrato consensual, sin que esto signifique que el contrato pueda celebrarse sin forma.

Por último, cuando la ley exige una forma determinada para que se produzcan ciertas consecuencias y prevé que si no se satisface esa forma, no se producirán esas consecuencias y el acto se calificará como solemne. Si no se le da la forma impuesta al acto, pueden producirse y se producen otras consecuencias, pero no las previstas por la ley para ese acto.

Dentro de nuestro Código Civil Federal, podemos encontrar algunos preceptos que se refieren a la solemnidad de los actos, por ejemplo el artículo 2228, que alude a la falta de forma como generadora de la nulidad relativa del acto jurídico, pero dejando a salvo la falta de solemnidad.

En materia mercantil, el Código de Comercio establece en el artículo 78 que: "En las convenciones mercantiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, ..." ; así mismo, el artículo 79 del mismo ordenamiento, señala que: "Se exceptuarán de lo dispuesto por el artículo que precede: 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; II. ...En uno y otro caso los contratos que no llenen las circunstancias respectivas requeridas, no producirán obligación ni acción en juicio." Con base en lo anterior podemos decir que la forma es un requisito de validez en los contratos mercantiles, cuando así lo dispongan el Código de Comercio u otras leyes mercantiles.

1.1.4 Clasificación de los contratos.

Existen múltiples clasificaciones de los contratos, ya que cada autor hace su clasificación, y el Código Civil Federal hace una más, misma que vamos a estudiar y la complementaremos con algunos criterios de clasificación hechos por la doctrina.

Nuestro Código Civil Federal clasifica a los contratos de la siguiente manera:

- a) Contratos bilaterales y contratos unilaterales;
- b) Contratos onerosos y contratos gratuitos, y
- c) Contratos conmutativos y aleatorios.

La doctrina los clasifica de la siguiente manera:

- a) Contratos principales y contratos accesorios;
- b) Contratos formales y contratos consensuales;
- c) Contratos consensuales y contratos reales;
- d) Contratos instantáneos y contratos de tracto sucesivo, y
- e) Contratos nominados y contratos innominados.

Contratos unilaterales y contratos bilaterales.

Los contratos unilaterales son aquellos en los cuales una sola de las partes se obliga hacia otra sin que esta última quede obligada, es decir que en estos contratos los derechos se dan para una sola de las partes y las obligaciones únicamente para la otra.

Al respecto el artículo 1835 del Código Civil Federal dice lo siguiente: “El contrato es unilateral cuando una sola de las partes se obliga hacia la otra sin que ésta le quede obligada.”

Los contratos bilaterales son aquellos en los que los derechos y las obligaciones resultantes del mismo son recíprocas para ambas partes. El artículo 1836 del Código Civil Federal dice lo siguiente: “El contrato es bilateral cuando las partes se obligan recíprocamente.”

Esta clasificación tiene importancia debido a que en los contratos unilaterales no tiene aplicación la excepción de contrato no cumplido, en tanto que en los contratos bilaterales sí aplica dicha excepción, ya que la obligación de uno de los contratantes tiene como causa la obligación del otro, pues sus obligaciones son recíprocas y si una de las partes no cumple, la otra conforme al artículo 1949 del citado Código, le puede demandar el cumplimiento o la rescisión del contrato más el pago de daños y perjuicios.

Contratos onerosos y contratos gratuitos.

Los contratos onerosos son aquellos en los que los provechos y los gravámenes son recíprocos. El artículo 1837 del Código Civil Federal dice lo siguiente: “Es contrato oneroso aquél en que se estipulan provechos y gravámenes recíprocos...”

Con base en lo que establece el artículo 1837 del Código Civil Federal, serán contratos gratuitos aquellos en los que los provechos se dan para una sola de las partes y los gravámenes solamente para la otra.

La distinción entre contratos onerosos y gratuitos tiene importancia por lo siguiente:

- Los contratos gratuitos sólo los puede celebrar el propietario o su representante con facultades de dominio;
- Los contratos onerosos, cuando no se cumplen se rescinden o se exige su cumplimiento, mientras que en los contratos gratuitos cuando no se cumplen se revocan;
- En los contratos gratuitos traslativos de dominio sólo se responde del saneamiento por evicción cuando así lo convienen las partes, mientras que en los contratos onerosos siempre se responde por el saneamiento, salvo pacto en contrario.

Contratos conmutativos y contratos aleatorios.

Esta es una subclasificación de los contratos onerosos. Si los provechos y gravámenes que se generan para las partes son ciertos y conocidos desde la celebración del contrato, se habla de contratos conmutativos, mientras que si esos provechos y gravámenes no son ciertos y conocidos al momento de celebrarse el contrato en virtud de que dependen de circunstancias o situaciones posteriores a su celebración, se estará hablando de contratos aleatorios³⁵.

³⁵ ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Angel. *Op. Cit.* Pag. 77

Al respecto el artículo 1838 del Código Civil Federal dice lo siguiente: “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 este. Es aleatorio, cuando la prestación debida depende de un acontecimiento incierto que hace que no sea posible la evaluación de la ganancia o pérdida, sino hasta que ese acontecimiento se realice.”

Contratos principales y contratos accesorios.

“Los contratos principales son aquello que su existencia y validez no dependen de la existencia o validez de una obligación preexistente o de un contrato previamente celebrado; es decir, son contratos que tienen existencia propia. Los contratos accesorios son los que no tienen existencia por sí mismos, sino que su existencia y validez dependen de la existencia o de la posibilidad de que exista una obligación o de un contrato previamente celebrado y en atención a esa obligación se celebra el contrato”³⁶.

A los contratos accesorios también se les denomina de garantía, pues su función principal es garantizar el cumplimiento de un contrato principal, como pueden ser la fianza, la prenda y la hipoteca.

Contratos consensuales y reales.

Son contratos consensuales aquellos que se perfeccionan por el solo acuerdo de voluntades sin necesidad de la entrega de la cosa, y son contratos reales

³⁶ ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Angel. *Op. Cit.* Pag. 81

“aquellos que para el perfeccionamiento precisan, además del consentimiento, la entrega de la cosa, sin cuyo requisito no queda constituida la obligación propia de cada uno de ellos”³⁷.

Actualmente en el Código Civil Federal todos los contratos son consensuales o formales, subsistiendo tan solo como real el contrato de prenda, tal como lo establece el artículo 2858 del citado Código, sin embargo en este contrato el propio código autoriza la entrega jurídica y por lo tanto el objeto dado en prenda puede quedar en poder del propio deudor o bien de un tercero que hayan convenido las partes.

Contratos consensuales y formales.

“Los contratos consensuales son los contratos que se constituyen y perfeccionan por el mero consentimiento, o bien, que no necesitan de otro requisito que el de la voluntad de los contrayentes, suficientemente declarada, para que éstos queden obligados”³⁸.

El artículo 1832 del Código Civil establece que en los contratos civiles cada una de las partes 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.

Los contratos formales son aquellos en los que la manifestación de la voluntad debe revestir una determinada forma y si no se observa esta, el contrato será nulo. Al respecto el artículo 1833 del multicitado código dice lo siguiente: “

³⁷ DE PINA, Rafael. *Op. Cit.* Pag. 306

³⁸ DE PINA, Rafael. *Op. Cit.* Pag. 305

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 forma legal.”

Contratos instantáneos y de tracto sucesivo.

Los contratos instantáneos son aquellos que quedan realizados en el momento mismo de su perfección, mientras que los contratos de tracto sucesivo tienen una realización posterior³⁹.

Se puede decir que los contratos instantáneos son aquellos que se celebran y se ejecutan al mismo tiempo, por ejemplo el contrato de compra venta de contado; y los contratos de tracto sucesivo son aquellos que una vez celebrados, su ejecución se prolonga a través del tiempo.

Contratos típicos o atípicos.

Los contratos típicos son aquellos que se encuentran instituidos o reglamentados expresamente en la legislación, mientras que los contratos atípicos son aquellos que diseñan las partes para satisfacer sus necesidades y se regulan por el contrato con el cual tengan mayor semejanza y por la teoría general de los contratos. Al respecto el Código Civil Federal establece lo siguiente:

³⁹ DE PINA, Rafael. *Op. Cit.* Pag. 307

Artículo 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 no fueren omisas, por las disposiciones del contrato con el que tengan más analogía de los reglamentados en este ordenamiento.

Artículo 1859. Las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídicos, en lo que no se opongan a la naturaleza de éstos o a disposiciones especiales de la ley sobre los mismos.

1.2 Contratos mercantiles atípicos.

1.2.1 Concepto y características.

El término de contratos atípicos es relativo, ya que el contenido cambiante del ordenamiento jurídico puede incluir o excluir contratos. Este fenómeno se presenta con una tendencia a regular contratos que anteriormente no estaban disciplinados, por lo que todos los negocios atípicos que surgen de nuevas necesidades que la actividad económica reclama, cuando satisfacen una necesidad generalizada y su uso constante confirma su utilidad, son reconocidos en el ordenamiento jurídico de determinado país y se convierten en contratos típicos desde el punto de vista legislativo. Para que este fenómeno ocurra respecto de un negocio jurídico o contrato, además de las diferentes etapas por las que debe pasar, existen influencias muy marcadas de normas de la comunidad internacional que son importantes en este proceso.

Los contratos atípicos surgen con la necesidad de adaptar los contratos a nuevos fines y a las necesidades reales de las partes contratantes; la mayoría de estos contratos surgen por la deformación o adaptación de algunas figuras jurídicas existentes y reguladas en el ordenamiento jurídico con el fin de dar soluciones prácticas a las exigencias de las necesidades socioeconómicas de la sociedad.

Dentro de la legislación mexicana se reconoce el principio de autonomía de la voluntad o libertad contractual mismo que entraña la posibilidad de celebrar contratos, bien sea que estén estructurados y regulados por el ordenamiento legal, o que sean contratos en los que las partes determinen libremente su contenido; es así como se puede distinguir entre contratos típicos y contratos atípicos, dependiendo si se encuentran regulados o no en la ley.

Serán contratos atípicos aquellos nacidos a la vida jurídica motivados por la libertad de contratación y que no están regulados expresa, completa y unitariamente en la ley.

El maestro Miguel Angel Zamora y Valencia prefiere usar el termino de contrato innominado, conceptuándolo como "aquel que la ley no reglamenta o regula en relación con las obligaciones principales que se generan como efecto de su celebración aunque tengan un nombre o estén tipificados"⁴⁰. Dicho autor también afirma que puede haber contratos con un nombre sin tener el carácter de contrato nominado, como es el caso del contrato de censo, que consiste en crear un "derecho real sobre un inmueble fructífero que se grava con prestaciones periódicas"⁴¹, y el de anticresis, que "es el contrato en términos del

⁴⁰ ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Angel. *Op. Cit.* Pag. 83

⁴¹ En voz del doctor Felipe Ordóñez Carasa, "Enciclopedia Jurídica OMEBA", Tomo II, Editorial Driskill, S.A., Argentina 1984. Pag. 700

cual el deudor consiente que su acreedor goce de los frutos de la finca que le entrega hasta que sea cancelada la deuda”⁴², mismos que se encontraban regulados en el Código Civil de 1884, y que actualmente sólo se encuentran mencionados en el artículo octavo transitorio del Código Civil Federal, pero no tienen reglamentación alguna; otro de los casos que se pueden dar es que un contrato este conceptuado por la doctrina, pero si la ley no lo regula, será del mismo modo un contrato innominado. También puede darse la hipótesis de que la ley conceptúe a un contrato pero que debido a la variedad de prestaciones de los que intervienen en dicho contrato no sería posible reglamentar todas y cada una de sus consecuencias, de tal modo que ese contrato tendrá un nombre y estará tipificado por estar contemplado dentro de un tipo legal, pero deberá considerarse como innominado toda vez que la ley no lo regula totalmente; dicho autor nos da como ejemplo el contrato de hospedaje, mismo que se encuentra nominado y tipificado en la ley, pero debido a la variedad de prestaciones a que se pueden obligar los contratantes tales como la obligación de transmitir la propiedad de bienes determinados, o bien transmitir el uso o goce de ciertos bienes, o también la prestación de todo tipo de servicios entre otros, no es posible reglamentarlo.

Para Manuel Bejarano Sánchez⁴³, los contratos innominados son aquellos que no se encuentran instituidos en la ley, son los que las partes diseñan originalmente para satisfacer sus intereses y necesidades particulares.

El maestro Rafael de Pina, define al contrato innominado como “aquél que carece de un *nomen juris* y de regulación particular dentro de un determinado

⁴² En voz del doctor Jorge A. Sánchez Cordero Dávila, “Diccionario Jurídico Mexicano”, A-CH, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 13ª. ed., Editorial Porrúa, S.A., México, 1999. Pag. 169

⁴³ BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel.. *Op. Cit.* Pag. 335

sistema legal, es decir, aquel que no encaja en los tipos disciplinados por el Código Civil o por otra ley, que no está, en definitiva, directamente regulado por el ordenamiento jurídico”⁴⁴.

El artículo 1197 del Código Civil de Argentina define los contratos atípicos como aquellos no regulados por la ley, surgidos a la vida jurídica en razón de la libertad de contratación, inherente - junto con la libertad para contratar - a la autonomía de la voluntad y que no han merecido aún recepción mediante una disciplina legal particular.⁴⁵

En la legislación mexicana, específicamente en el artículo 1858 del Código Civil Federal, se establecen las reglas que deben seguir los contratos que no estén reglamentados en ese Código, y son las siguientes: Las reglas generales de los contratos, las estipulaciones de las partes, y las reglas del contrato típico al cual se asemejen más.

Podemos decir que dentro de estos contratos, la regulación normativa delega en los sujetos privados la posibilidad de adoptar sus iniciativas contractuales (autonomía de la voluntad), como una de las mejores soluciones a efecto de que puedan cumplir más eficazmente sus fines y metas, sin tener que recurrir a las figuras contractuales tradicionales que les podrían acarrear mucha rigidez en su cotidianidad. Claro está, tal delegación no es indiscriminada, pues tiene que supeditarse a los controles, límites racionales y morales de la misma normatividad legal (moral, buenas costumbres, buena fe y del orden público).

⁴⁴ DE PINA, Rafael. *Op. Cit.* Pag. 352

⁴⁵ FARINA, Juan M., *“Contratos Comerciales Modernos”, modalidades de contratación empresarial, 1ª. Reimpresión, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires Argentina, 1994. Pag. 75*

Lo anterior es lo que se conoce dentro de la doctrina mexicana como el principio de “Libertad Contractual” , el cual tiene una limitación, ya que es una libertad normativa regulada, esto quiere decir que la facultad de los particulares para crear nuevos tipos contractuales no puede ir en contra de las disposiciones legales de orden público, leyes imperativas *ius cogens* , e incluso los principios generales de Derecho, que ya están generalmente aceptados y que son los pilares del sistema jurídico, de tal forma que en el Código Civil Federal en su artículo sexto, establece que la voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla; sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de terceros, y de ahí mismo se deduce que no se deben transgredir los principios de equidad, buenas costumbres y la buena fe.

El maestro Borja Soriano⁴⁶ al hablar del principio de la autonomía de la voluntad parte de la idea de que todo lo que no está prohibido, está permitido, y con base en este principio, las partes son libres para celebrar y no celebrar contratos, y al momento de celebrarlos obran libremente y sobre un pie de igualdad poniéndose de acuerdo unos contratantes con otros, fijando los términos del contrato determinando su objeto, sin más limitación que el orden público.

Los contratos atípicos, aún y cuando no están regulados de manera expresa por la ley, deben tener, además de la tipicidad social, entendida como su identificación en virtud del uso repetido y generalizado, una motivación suficiente que permita considerarlos socialmente importantes y productivos.

⁴⁶ BORJA SORIANO, Manuel. *Op. Cit.* Pag. 122

1.2.2 Naturaleza y estructura.

Para poder entender la esencia y estructura de los contratos atípicos es necesario partir de aquello que constituye la causa fundamental de los mismos.

“La causa es el fin o razón de ser objetivo, intrínseco o jurídico del contrato”⁴⁷.

Es importante destacar que aún tratándose de contratos con naturaleza atípica también tienen una causa jurídica determinada a pesar de que ésta no este fijada por la ley como es el caso de los contratos típicos, pero está fijada por los contratantes, los usos, la jurisprudencia o la doctrina que llegue a formarse sobre los mismos, dando como conclusión que la causa es un elemento constante en todos los contratos sin importar que estén o no regulados por un ordenamiento, siendo la única diferencia que en los contratos típicos esa causa está reconocida directamente por la ley, mientras que en los contratos atípicos ese reconocimiento es indirecto y se encuentra subordinado a los límites impuestos por la ley.

De lo anterior se puede decir que la causa de los contratos atípicos siempre está presente, por lo que es indudable que dichos contratos están dotados con una acción y pueden hacerse valer en juicio concluyéndose que gozan entonces de una causa de forma objetiva material, que no se encuentra determinada por la ley.

Hay varios factores que son importantes y que permiten explicar el origen y expansión de los contratos atípicos, tales como:

- a) La extensión de la contratación a nuevos objetos, tales como conocimientos técnicos, nuevos servicios, tecnología, etc.

⁴⁷ DE PINA, Rafael. *Op. Cit.* Pag. 297

- b) La programación de las empresas que da origen a contratos de duración para que puedan distribuir sus productos y servicios, así como el aprovechamiento de materias primas buscando eludir los esquemas legales si se hicieran contratos aislados y prestaciones de una economía diferente a la actual.
- c) El desplazamiento del Derecho Mercantil hacia países anglosajones en donde existen tipos contractuales diferentes con sus propias denominaciones y que poco a poco han ido invadiendo el mundo.
- d) La importancia que ha adquirido el sector servicios en las economías más desarrolladas, dando origen a nuevas necesidades y junto con esto a nuevos contratos tales como servicios financieros, modernos medios de comunicación, nuevas tecnologías, etc.

En general, la actividad económica ha ido creando nuevas necesidades contractuales que los esquemas legales actuales no tienen regulados y que por lo tanto no pueden resolver de manera absoluta y satisfactoria, por lo que la aceptación de los contratos innominados como ineficaces, responde a la necesidad social de llenar una laguna en el ordenamiento jurídico contractual, que el legislador no ha previsto, pero esta laguna puede (y debe) ser cubierta inmediatamente que sea advertida por el propio legislador, convirtiendo el contrato de que se trate de innominado a nominado⁴⁸.

Con base en lo anterior se concluye que los contratos atípicos son aquellos que surgen de las nuevas necesidades que la actividad económica reclama y que tienen un contenido ajeno totalmente a cualquier modelo legal o patrón establecido.

⁴⁸ DE PINA, Rafael. *Op. Cit.* Pag. 353

1.2.3 Tipicidad social o consuetudinaria.

Debido a la gran cantidad de cambios motivados por el concepto globalizador, se generan con mayor amplitud y frecuencia la aparición, entre otras, de tecnologías innovadoras, ampliación de mercados, comunicaciones más eficaces y rápidas, que propician inevitables cambios en los estilos de vida de las personas, y en sus interacciones, trayendo como consecuencia la creación y adopción de nuevas figuras contractuales que faciliten y concuerden con los cambios modernos, pero siempre basados en los principios constitucionales, en la normatividad vigente, los usos y costumbres y la doctrina jurídica que integran el Estado de Derecho en el que vivimos.

Es importante destacar que este tipo de contratos atípicos muestran un especial auge en el derecho comercial, ya que los constantes cambios han propiciado que los comerciantes tengan que ir adoptando y creando sus propias figuras legales (sobre la base de los usos y costumbres), para regular sus actividades comerciales en todos aquellos casos en los que la legislación típica resulta insuficiente o imposibilitada, para solucionar los nuevos problemas suscitados en la actividad comercial.

La tipicidad social o consuetudinaria adquiere importancia como elemento de la interpretación e integración de aquello que no ha sido previsto por los contratantes, y que se regirán por las reglas y pautas establecidas por los usos, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina.

La tipicidad social se define según el jurista Betti⁴⁹, como aquella que “cumple, como siempre, la función de limitar y dirigir la autonomía privada pero que actúa mediante una remisión a las valoraciones de la conciencia social relativas a

⁴⁹ Betti, autor citado por ARCE GARGOLLO, Javier. *Op. Cit.* Pag. 120

las manifestaciones de la autonomía privada que, en la medida en que el ordenamiento jurídico estima que responden a una función socialmente útil, son acogidas y tuteladas por él". De esta forma, cada día surgen nuevos contratos atípicos legislativamente hablando, pero que nacen en virtud de nuevos fenómenos que ya cuentan con una tipicidad social. Si un contrato se celebra en forma más continua, los tribunales le dan cierto grado de validez y reconocimiento a través de la jurisprudencia. Es indudable que dichos contratos alcanzan la tipicidad social en virtud de que todos los elementos descritos proporcionan las características esenciales de dichos contratos.

Este tipo de contratos, en cierto momento ya encierran algunos elementos determinantes tales como los elementos personales, es decir, las partes contratantes, así como la denominación, las obligaciones pactadas, las modalidades, pueden brindar soluciones al conflicto de la interpretación, aunado a que secundan en aquellos aspectos en que los contratantes pudieran ser omisos.

La importancia de la tipicidad social reside en que brinda a los estudiosos de estos fenómenos jurídicos o negocios la aptitud de apoyarse en otras fuentes de interpretación, tales como los usos, la jurisprudencia, la doctrina, el derecho comparado, a fin de encontrar reglas adicionales y guías para dar solución a ellos.

La tipicidad social también suele concurrir en las cláusulas negociables atípicas; o sea, que la legislación no considera o prevé a determinadas cláusulas, por tanto serán atípicas, pero contienen la tipicidad social. Como ejemplo de estas cláusulas tenemos a la cláusula de rescisión por devaluación monetaria.

1.2.4 Interpretación de los contratos atípicos.

La palabra interpretar provienen del latín *interpretare*, que significa interpretar o declarar el sentido de una cosa y principalmente el de textos faltos de claridad⁵⁰.

Por lo que se refiere a la interpretación jurídica, se puede decir que existen normas para interpretar otras normas jurídicas y normas para interpretar los contratos. Las primeras realizan una interpretación básicamente objetiva de la ley, mientras que las segundas tienen una función más complicada ya que llevan a cabo una interpretación preponderantemente subjetiva, es decir que persiguen indagar la intención común de las partes y a la vez objetiva⁵¹.

El maestro Zamora y Valencia dice que interpretar un contrato significa lo siguiente: “

- A. La comprensión del medio (tiempo y lugar de su celebración) en que se celebró; las palabras empleadas usadas en su momento y de los bienes que hayan sido su objeto. Este estudio hace referencia a las circunstancias en que se originó el contrato.
- B. Desentrañar la voluntad de las partes en la celebración del contrato.
- C. Precisar el alcance y límites de las cláusulas contractuales. Esto es, determinar cuáles son los derechos y obligaciones emanados del contrato o transmitidos por él.
- D. Indagar si el contrato se ajusta a la ley y a los principios generales del derecho”⁵²

⁵⁰ “DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA”, 19ª. ed., 1989, Pag 785

⁵¹ SÁNCHEZ MEDAL, Ramón. “De los contratos civiles”, 18ª. Ed., Editorial Porrúa S.A., México, 1998. Pag. 75

⁵² ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Angel. *Op. Cit.* Pag. 52

Para comenzar a interpretar un contrato, es necesario que el interprete tome en cuenta que los otorgantes al momento de declarar su voluntad lo hicieron sin reservas ni artificios que viciaran el contrato.

La buena fe es un elemento importante al momento de interpretar un contrato, por lo que los contratantes al momento de declarar su voluntad lo debieron hacer en forma clara, de tal manera que el significado de las palabras empleadas pueda ser percibido no sólo por el destinatario de la declaración emitida, sino también por cualquier otra persona según el uso ordinario de las mismas.

Otro elemento importante al momento de interpretar los contratos es la voluntad común de los contratantes, ya que se da prioridad a la voluntad real sobre la expresión literal de la misma, esto en virtud de que lo que se pretende al momento de celebrar un contrato es vincular los intereses opuestos de las partes a través del consentimiento expresado en el contrato.

El proceso de interpretación del contrato comienza con la fijación del significado de las palabras verbales o escritas empleadas por las partes al momento de celebrar el contrato. Al respecto el artículo 1851 primer párrafo del Código Civil Federal, establece que "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".

Concluida la parte preliminar, que es la interpretación lingüística del contrato, el siguiente paso es la interpretación jurídica, en donde es necesario tomar en cuenta que el lenguaje usado en las cláusulas es la manifestación de un acto volitivo de cada una de las partes, con el fin de dar a conocer a la otra su intención de llevar a cabo el negocio jurídico; cualquier situación que no se haya dado a conocer por medio de la declaración no formará parte del contrato, por

lo tanto, las consecuencias del contrato dependerán solamente de las declaraciones que hayan hecho las partes y que se encuentren contenidas en el mismo, y no de la voluntad que no haya sido exteriorizada y plasmada en las cláusulas del contrato.

Existen varias teorías sobre la interpretación de los contratos atípicos, algunas de ellas son la siguientes⁵³:

a) *Teoría de la absorción o de la observación.*

Consiste en determinar cuál es la prestación o elemento preponderante y aplicar al contrato atípico las normas del contrato típico que contenga o regule esa prestación. Esta teoría no es muy acertada en virtud de que hay muchos contratos atípicos en los que no es posible determinar la prestación o bien dicha prestación corresponde a dos o más contratos típicos.

b) *Teoría de la combinación.*

Esta teoría nos dice que cuando un contrato atípico contiene prestaciones que corresponden a varios contratos típicos, las normas aplicables serán las que resulten de la combinación de esas normas de tipos contractuales, es decir que cada prestación se deberá encuadrar dentro del contrato típico que le corresponda, de tal forma que las normas supletorias serán las de todos los contratos típicos a los que pertenecen las prestaciones que componen la figura atípica.

c) *Teoría de la analogía.*

⁵³ ARCE GARGOLLO, Javier. *Op. Cit.* Pags. 126-128

Esta teoría nos habla de que las reglas para interpretar los contratos atípicos son las del contrato con el que tenga mayor analogía. Esta teoría es la que adopta nuestra legislación, tal y como lo establece el artículo 1858 del Código Civil Federal; la crítica que recibe esta teoría es que los autores dicen que los contratos atípicos tienen la característica de ser distintos a los típicos mas no análogos.

Como se dijo, dentro de nuestra legislación, el artículo 1858 del Código Civil Federal regula lo referente a los contratos atípicos. Esta disposición señala cuál es el orden que debe seguirse para aplicar a los contratos atípicos las normas de los contratos, y son:

- a. Las reglas generales del contrato incluidas en el Código de Comercio, lo que abre la posibilidad de aplicar las de contratos típicos contenidos en otras leyes;
- b. Las estipulaciones de las partes, y
- c. En lo que fueren omisas por las normas del contrato típico con el que tengan más analogía de los reglamentados en este ordenamiento.

Además de estas reglas es necesario hacer referencia a los usos y la buena fe, ya que estos en repetidas ocasiones son el origen del contrato atípico; situación que es reconocida en el citado código en el artículo 1796, que ordena que los contratos obligan a lo pactado en los mismos y a sus consecuencias derivadas de la buena fe, del uso o de la ley.

Así mismo, la jurisprudencia, las decisiones judiciales y los estudios que se hacen respecto de determinados contratos atípicos sirven como instrumentos auxiliares para la interpretación de este tipo de contratos.

1.25 Integración de los contratos atípicos.

La palabra integración, en relación con el contrato, significa la actividad encaminada a llenar cualquier laguna que pueda presentarse en una relación contractual⁵⁴.

Una más de las labores de los interpretes es calificar los contratos, es decir, deben ubicar un contrato determinado dentro de una especie de contratos tomando en cuenta las características que presente el caso particular, pero como ya se ha dicho, en el caso de los contratos atípicos se debe recurrir a los usos y costumbres y en su caso tratar de asimilarlo con el contrato con el que guarde mayor analogía.

La labor de calificación es más que nada la sistematización del contrato dentro de la especie a la que pertenece un negocio jurídico; es importante esta labor en virtud de que una vez que el intérprete ha clasificado el contrato puede determinar cuál es la naturaleza y los efectos de esa especie de contratos.

La integración se presenta cuando las partes contratantes omitieron hacer una estipulación expresa que debió haber sido implicada para fijar el significado y las consecuencias del contrato, como una partícula integrante del contrato celebrado y como una disposición esencial para que el contrato origine los efectos queridos por las partes al momento de celebrarlo.

Es importante destacar que el resultado de la labor clasificadora es conocer la sustancia del contrato para comprender sus efectos, mientras que en la tarea de integración el intérprete subsana las imprevisiones y omisiones de los contratantes para establecer los efectos o consecuencias que debe provocar el

⁵⁴ DE PINA, Rafael. *Op. Cit.* Pag. 376

contrato conforme a la intención de los contratantes, por lo que el contrato deberá dar origen a los efectos que las partes se propusieron alcanzar al momento de su celebración, con el fin de compenetrar los intereses de los contratantes, siendo esta la función propia del acto celebrado.

1.2.6 Admisibilidad y validez de los contratos atípicos.

Dos de las grandes dificultades a que se enfrentan los contratos atípicos son en primer lugar, el saber reconocer cuál es el límite de su admisión, validez y eficacia, es decir, hasta donde las normas jurídicas protegen a este tipo de contratos, y en segundo lugar determinar cuáles son las reglas y métodos a que deben sujetarse este tipo de contratos así como la forma en que deben interpretarse y de ser integradas sus lagunas o imperfecciones a falta de una normatividad.

Dentro de nuestra legislación se ha reconocido esta problemática a que se enfrentan los contratos atípicos, misma que se encuentra regulada dentro de los artículos 1796, 1832, 1839 y 1858 del Código Civil Federal, en donde se establece que para que se perfeccione un contrato, sólo basta con el consentimiento, y a partir de ese momento nacen los derechos y las obligaciones para las partes, tanto las señaladas en el contrato como aquellas que deriven de su naturaleza de conformidad con la buena fe, el uso o la ley.

Al respecto el artículo 1796 del Código Civil Federal establece lo siguiente: “Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, excepto aquellos que deben revestir una forma establecida por la ley. Desde que se perfeccionan 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”.

El artículo 1832 dispone que no se requiere formalidad alguna para la validez de un contrato, ya que cada una de las partes se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, salvo las excepciones y limitantes establecidas en la propia ley.

El artículo 1839 se refiere a la libertad de los contratantes de estructurar las cláusulas que consideren convenientes para insertarlas en los contratos, aclarando, que aquellas que se refieran a requisitos esenciales o sean consecuencia de su naturaleza ordinaria, subsistirán aunque no se expresen. Dicho artículo a la letra dice lo siguiente: “Los contratantes pueden poner las cláusulas que crean convenientes; pero las que se refieran a requisitos esenciales del contrato o sean consecuencias 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”.

Por último el artículo 1858, dispone que todos los contratos que no tengan una reglamentación en el Código Civil Federal deberán guiarse por tres reglas:

- a. Por las reglas generales de los contratos;
- b. Por las estipulaciones de los contratantes, y
- c. En lo que fueren insuficientes éstas, se observará lo que expresen las disposiciones del contrato con el que tengan más analogía de los regulados en el propio Código Civil.

CAPITULO SEGUNDO.

EL CONTRATO DE *JOINT VENTURE*.

2.1 Origen y evolución.

Los orígenes del *joint venture* se encuentran en el inicio del comercio y desde que el hombre tuvo la necesidad de asociarse con el objeto de compartir riesgos y recompensas para beneficio mutuo; las primeras asociaciones comerciales fueron las de los fenicios, los egipcios y los asirio-babilonios, más sin embargo la figura aparece en los institutos asociativos mercantiles italianos del siglo XIII, con las figuras de la *colleganza* en Venecia y de la *commenda* en Génova, figuras destinadas a coordinar los esfuerzos en cada uno de los viajes internacionales y limitar la responsabilidad de los participantes. La noción del *joint venture* se corre luego al Tánisis en donde se le dio el nombre de *Gentleman Adventures*, la cual, con sentido práctico limitaba el riesgo individual de los operadores en las expediciones de mercancías hacia los mercados de Europa Continental. El vínculo que los *adventures* asumían era sólo limitado a cada expedición, por lo que conservaban su libertad de participar en otros actos de comercio una vez que los lucros obtenidos se repartieran y se liquidaran las compensaciones debidas a la administración. Evidentemente se trataba de una asociación ocasional, limitada a cada operación, y que en caso de repetirse era necesario celebrar un contrato adicional⁵⁵.

⁵⁵ SIERRALTA RÍOS, Aníbal. "*Joint Venture Internacional*", 1ª. ed., Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1996. Pag. 42

Posteriormente esa figura del *gentleman* se fue perfeccionando con base en los criterios del *common law*, en dónde se creó más tarde una figura denominada *partnership*.

La figura tiene su antecedente remoto en Inglaterra, en donde aparece para indicar la organización de los *gentleman adventurers* que llevaban a cabo el comercio en ultramar.

El maestro Aníbal Sierralta Ríos dice que se puede entender a la *partnership* como aquella relación entre dos o más personas destinadas a realizar un negocio del cual las partes gozarán de las utilidades y responderán por las pérdidas, reconociéndoles un patrimonio propio. Ésta no significa el nacimiento de un nuevo ente jurídico, sino que se entiende como una ficción para fines prácticos⁵⁶.

En sus orígenes la figura del *partnership* se vinculaba con la presunción jurisprudencial de que una *corporation* no podía formar parte de una *partnership*, ya que la primera tiene su objeto social limitado a las actividades autorizadas así como una responsabilidad limitada de los socios; por el contrario, las llamadas *partnership*, no tienen un objeto social restringido, y sus socios están solidariamente obligados, ya que cualquiera de ellos ejerce la representación de esa asociación, por lo que se prohibió la actuación de las *corporation* dentro de las *partnership*, ya que el actuar de cualquiera de los *partners* podía involucrarla dentro de negocios que estuvieran fuera del objeto de la misma *corporation*.

Los tribunales de Estados Unidos de América encontraron la solución a este problema y determinaron que cuando en una *partnership* participara una *corporation* tomaría el nombre de *joint venture*, estableciéndose que ésta sea una

⁵⁶ SIERRALTA RÍOS, Aníbal., *Op. Cit.* Pag. 43

relación para un proyecto específico. Fue así como concluyeron que tanto la *partnership* como el *joint venture* están gobernados por las mismas reglas, siendo que esta nueva figura era una solución al problema de la imposibilidad de participación de las *corporations* en contratos de *partnership*⁵⁷.

La compilación de jurisprudencia norteamericana denominada "*Corpus Juris Secundum*", define el *joint venture* como una relación jurídica de reciente origen creada por los jueces norteamericanos y que suele ser descrita como una asociación de personas que buscan llevar a cabo con finalidad de lucro una empresa comercial individual. Abundando sobre el tema, la misma obra agrega que numerosos casos han acogido la siguiente definición: "combinación especial de dos o más personas que conjuntamente buscan obtener una utilidad en una empresa específica, sin actuar bajo la designación de *partnership* o *corporation*"⁵⁸.

De lo antes expuesto se puede decir que el término *joint venture* fue adoptado para evitar confusiones, y es una creación norteamericana.

Fue durante los 50's que las aventuras conjuntas empezaron a ganar popularidad en los Estados Unidos, y para 1959 ya había al menos 345 operadas por mil de las más grandes corporaciones existentes.

Desde los 70's el uso de las *joint ventures* dentro de las economías desarrolladas como las de Estados Unidos, Japón y la Comunidad Europea se incrementó debido a los acelerados cambios tecnológicos y económicos que han provocado

⁵⁷ SIERRALTA RÍOS, Aníbal. *Op. Cit.* Pag. 48

⁵⁸ MARTORELL, Ernesto Eduardo. "*Tratado de los contratos de empresa*", Tomo III. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1997. Pags. 240 y 241

desregulaciones , globalización y un énfasis en la necesidad de innovar productos y de conquistar nuevos mercados, como es el caso de países que eran agrícolas y que han incorporado a sus economías procesos de transformación industrial. Otros han incursionado exitosamente en el comercio mundial como es el caso de Corea, Taiwán y Singapur. Países que permanecieron cerrados por mucho tiempo al comercio internacional están participando ahora en forma más dedicada como la República Popular China, la antigua URSS y Hungría⁵⁹.

Los *joint ventures* surgen como una llamada de atención para aquellas sociedades o corporaciones que no las habían considerado todavía como una opción estratégica.

Por lo que respecta a México, entre los años de 1993 y 1994, se presentó una de las primeras alianzas estratégicas entre una empresa de origen norteamericano y un ejido del sureste de México; la primera ganó acceso a altos niveles de madera aserrada, y el ejido involucrado ganó acceso al mercado internacional por primera vez en su historia. (Los autores que gestaron e hicieron pública esta alianza, omiten los datos sobre la empresa y el ejido, pero consideran a la *joint venture* como una excelente forma de inversión extranjera en México)⁶⁰.

2.2 Naturaleza jurídica.

La doctrina bifurca al calificar la naturaleza jurídica del *joint venture*; la mayoría de los autores se inclinan por considerar al *joint venture*, como una figura de

⁵⁹ GOMEZ SOTO, Dense y COLLADA RAMÍREZ, María Teresa., "Aventuras Conjuntas, nuevas formas de asociación en negocios nacionales e internacionales". 7ª. ed., Editado por el Instituto Mexicano de Contadores Públicos, México, 1999. Pag. 17

⁶⁰ SPENCER, David D., coaut. RIVADENEYRA, Fernando. "Some case studies of joint ventures with Mexican ejidos", United States - Mexico Law Journal, Vol. 6, Albuquerque, New Mexico, E.U.A., Spring, 1998, Pag. 99-109. Traducción hecha por la testadora.

naturaleza contractual, mientras que unos pocos le atribuyen naturaleza societaria.

Dentro de los autores que le otorgan al *joint venture* naturaleza societaria se puede citar a los siguientes:

El jurista Javier Arce Gargollo, dice que "... el contrato de *joint venture* es aquel por el que dos o más partes se obligan -dentro de un plazo- a constituir una o varias sociedades, a participar conjuntamente en una sociedad, negocio o empresa existente, y a celebrar otros actos jurídicos relacionados, y en el cual se determinan los elementos esenciales de la sociedad, negociación y contratos relacionados y las aportaciones a que cada parte se obliga"⁶¹. Es importante destacar que este autor en su obra sólo estudia el llamado tipo de la *joint venture agreement*, definiendo así de manera genérica lo que es el *joint venture* y conceptúa lo que es en esencia, una promesa de contrato de sociedad.

Los licenciados Enrique Lara Treviño y Erick Carballo Yáñez, definen el contrato de coinversión como "aquel por medio del cual, dos o más personas fijan las bases que tendrá su participación económica en una tercera persona, que necesariamente será una sociedad mercantil, ya sea de nueva constitución o de constitución anterior a la celebración del contrato, con el ánimo de obtener un beneficio económico, mediante la realización de actos de comercio que ejecute la citada tercera persona"⁶². Cabe aclarar que el contrato de coinversión, es asimilado por los autores en comentario al contrato de *joint venture*.

⁶¹ ARGE GARGOLLO, Javier. *Op. Cit.* Pag. 207

⁶² CARBALLO YÁNEZ, Erick y LARA TREVIÑO, Enrique. "Formulario teórico práctico de contratos mercantiles". 1ª. Ed., Editorial Porrúa, S.A., México, 2000. Pag. 167

Por otro lado, dentro de los autores que al estudiar a la *joint venture* le atribuyen naturaleza no societaria, se encuentran los siguientes:

Los juristas Chuliá Vicént, y Beltrán Alandete definen los contratos de *joint venture* como “aquellos que se forman como resultado de un compromiso entre dos o más sociedades y cuya finalidad es realizar una operación de negocios distinta y generalmente complementaria de la que desempeñan las empresas constituyentes”⁶³.

El maestro Victor M. Castrillón y Luna define al *joint venture* como “el contrato por cuya virtud dos o más comerciantes unen sus recursos y esfuerzos para la creación de una empresa conjunta y permanente, en función de la realización de un proyecto, creando un ente jurídico, o bien comprometiendo la realización de actos futuros de comercio y asumiendo riesgos conjuntos así como una participación mutua en las utilidades y pérdidas que se produzcan”⁶⁴.

El jurista Xavier Ginebra Serrabou da la siguiente definición: “Las alianzas estratégicas o *joint ventures* en sentido amplio son contratos celebrados entre dos o más empresas por el cual integran parcialmente operaciones o actividades que forman parte de su actividad empresarial, a través de la puesta en común de recursos, bienes o dinero de manera estable y duradera, para mejorar su situación competitiva y participando de manera conjunta y proporcional en los resultados de la explotación. Desde una óptica económica, podemos decir que la alianza estratégica es el contrato por el que dos o más empresas, conservando su

⁶³ Chuliá Vicént y Beltrán Alandete, autores citados por CASTRILLÓN Y LUNA, Victor M., “*Contratos mercantiles*”, Editorial Porrúa, S.A., México, 2002. Pag. 464

⁶⁴ CASTRILLÓN Y LUNA, Victor M., *Op. Cit.* Pag. 465

independencia jurídica y económica, coordinan en forma estable uno o varios escalafones y/o actividades de la cadena del valor con otra empresa”⁶⁵.

El doctor Miguel Angel Zamora y Valencia, dice que “el contrato de *joint venture* es aquel por virtud del cual las partes que en él intervienen, establecen las bases, mecanismos y procedimientos para llevar al cabo un negocio o una serie de negocios, participando en su manejo y control, con la finalidad de compartir los riesgos, las utilidades y las pérdidas”⁶⁶.

El maestro Anibal Sierralta Ríos define al *joint venture* como “la relación contractual de dos o más personas naturales o morales que sin perder su propia identidad y autonomía, se vinculan con el objeto de realizar una actividad económica determinada, pudiendo aportar a tales propósitos activos tangibles o intangibles que deberán ser explotados únicamente en miras al objeto específico del contrato y en un lapso determinado previamente o limitado al cumplimiento de tal objeto. La esencia de este contrato es el objetivo común de las partes, que limita su acción, por lo que la gestión del negocio involucrará una acción solidaria sin que lo decidido por uno de ellos pueda ser contradicho por el otro, si se hizo en cumplimiento de los claros objetivos determinados en el contrato. Es, por tanto, un negocio donde la acción es caracterizada por dos o más sujetos que se deben mutua lealtad y fidelidad en todo lo vinculado directa o indirectamente al objeto contractual y que frente a terceros asumen, en principio, una obligación limitada y solidaria. Esta forma de vinculación no genera, necesariamente, una nueva persona jurídica aún cuando a veces por las características de la operación, los recursos que se destinan y sobre todo por la

⁶⁵ “Las alianzas estratégicas o *joint ventures* y el derecho de la competencia”, Revista de Investigaciones Jurídicas. Año 21, No. 21, México, 1997, Escuela Libre de Derecho. Pag 189.

⁶⁶ ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Angel. *Op. Cit.* Pag. 447

forma de gestión en la que las acciones de uno comprometen al otro, se requiere de un aparato contable y administrativo complejo que puede dar origen a la formación de una compañía *ad hoc* gestora del objeto contractual”⁶⁷.

El licenciado Carlos Alberto Gherzi, dice que el contrato de *joint venture* es “aquel por el cual el conjunto de sujetos de derecho –nacionales e internacionales- realizan aportes de las más diversas especies, que no implicarán la pérdida de la identidad e individualidad como persona jurídica o empresa, para la realización de un negocio en común, pudiendo ser éste desde la creación de bienes hasta la prestación de servicios, que se desarrollará durante un lapso limitado, con la finalidad de obtención de beneficios económicos (financieros, monetarios o simplemente de apreciación patrimonial)”⁶⁸.

Dentro del marco jurídico mexicano, en el artículo 25 fracción VI del Código Civil Federal, se establece que “son personas morales...: VI. Las asociaciones distintas de las enumeradas que se propongan fines políticos, científicos, artísticos, de recreo o cualquier otro fin lícito, siempre que no fueren desconocidas por la ley.” Este artículo pretende crear un criterio amplio para categorizar a una asociación como persona moral.

Con base en lo anterior, se podría pensar de manera incorrecta que como las leyes mexicanas no desconocen al contrato de *joint venture*, y éste se exterioriza con una estructura de administración y aportes conjuntos entre sus participantes, se podría considerar como persona moral en términos del Código Civil Federal; y como además participan en ella comerciantes, o bien las partes a

⁶⁷ SIERRALTA RÍOS, Anibal. *Op. Cit.* Pags. 68 y 69

⁶⁸ GHERZI, Carlos Alberto. “*Contratos civiles y comerciales*”, Argentina, Editorial Astrea de Alfredo Depalma, t.2, 1998. Pags. 63 y 64

través de esta figura realizan actos de comercio, adopta además la figura de sociedad mercantil, misma que se calificaría inevitablemente como irregular (a pesar de que la intención de las partes no haya sido esa y así lo hayan manifestado), en virtud de que carece de inscripción en el Registro Público de Comercio.

Si se aceptara la idea antes expuesta, se estaría en un error, ya que se estaría dejando de lado el hecho de que dentro del derecho positivo mexicano, se reconocen figuras jurídicas que no tienen personalidad, las cuales funcionan y se exteriorizan de tal manera que aparentan ser personas morales. Dentro de estas se puede mencionar a la asociación en participación, que es el único contrato regulado dentro de la Ley General de Sociedades Mercantiles que no crea personería.

Se puede concluir que el *joint venture* no es una persona moral, ya que no está expresamente reconocida en ninguna disposición jurídica nacional, y con base en el artículo 2º. Fracción III de la Ley de Inversión Extranjera, en donde se reconoce la posibilidad a los inversionistas extranjeros de participar como "... entidades sin personalidad jurídica", en las inversiones hechas en nuestro país, y el artículo 253 de la Ley General de Sociedades Mercantiles no reconoce personalidad a la asociación en participación, se puede decir con fundamento legal, que la adopción de esta figura bajo la modalidad contractual y no societaria es posible.

2.3 Concepto y características.

El termino *joint venture* proviene de los vocablos en inglés *joint* que se traduce como asociado, coparticipe, conjunto, colectivo, mancomunado; y el vocablo

venture que se traduce como riesgo colectivo, aventura, ventura. Con base en lo anterior y de forma unida, *joint venture* se entiende como riesgo colectivo, empresa colectiva, sociedad en participación, empresa común⁶⁹.

Según el diccionario de términos jurídicos⁷⁰, *joint venture* se define como “empresa conjunta, empresa en común, riesgo comercial compartido, riesgo colectivo, sociedad en participación; es una especie de *partnership* formado por varias empresas para operaciones concretas que normalmente no carecen de riesgo”.

El maestro Guillermo Cabanellas de las Cuevas, define al *joint venture* como un concepto que comprende “operaciones de muy distintos tipos, mediante las cuales una pluralidad de empresas coopera entre sí con un propósito determinado, conjunto y limitado, destinando a tal efecto una parte relativamente restringida de sus activos...”⁷¹.

Con base en la naturaleza jurídica y en las definiciones citadas, se pueden sacar algunos elementos que caracterizan al contrato de *joint venture*, y son los siguientes:

- a) Es un acuerdo de voluntades en donde pueden participar dos o más partes, pudiendo ser personas físicas y/o morales, tanto nacionales o extranjeras;

⁶⁹ “Diccionario de términos legales” (español-inglés e inglés-español) de Louis A. Robb, Nueva York, John Wiley and Sons. Inc. 1955, voces: *joint* y *venture*

⁷⁰ ALCARAZ VARO, Enrique y HUGHES, Brian. “Diccionario de términos jurídicos”, Ed. Ariel S.A., 5ª. ed., Barcelona, España, 1999. Pag. 221

⁷¹ CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, y HOAGUE, Eleanor C. “Diccionario Jurídico”, Bs. As. Argentina, Editorial Heliasra S.R.L., (1990), Pag. 343

- b) Está destinado a un proyecto único, con un motivo perfectamente establecido y con el fin de concretar negocios específicos;
- c) Las partes se obligan a hacer aportaciones al proyecto común, mismas que pueden consistir en dinero, activos, conocimientos, recursos humanos, tecnología, bienes o servicios, y en general todo aquello que sea necesario para el objetivo que se han propuesto;
- d) “Se establece un derecho sobre la propiedad de la cosa común”⁷², esta propiedad común se ve reflejada en los balances e inventarios en los que se detallan los activos de propiedad del *joint venture*;
- e) Hay un control y dirección del proyecto en común, sin que esto esté relacionado necesariamente con el tipo o proporción de las aportaciones que hayan hecho los participantes. En algunos casos, las partes se otorgan recíprocamente poderes o representación, y en ocasiones, no se requiere del permiso de una u otra de las partes, basta que la gestión vaya encaminada a conseguir lo determinado en el acuerdo base.
Esto es lo que da al contrato las características de solidaridad y mutua confianza, siendo uno de los elementos más importantes que lo distinguen de otras figuras;
- f) El objetivo principal que persiguen las partes al celebrar este contrato es el obtener utilidades o beneficios, mismos que irán en proporción a la participación que tengan las partes en el contrato;
- g) Al celebrar este tipo de contratos, las partes convienen en compartir los riesgos y las pérdidas en las mismas proporciones en que se dividirían las utilidades. La doctrina norteamericana acepta que se puede acordar no participar en las pérdidas. Dicho planteamiento resulta inaceptable en

⁷² CASTRILLON Y LUNA, Victor M. *Op. Cit.* Pag. 467

cualquier otra forma societaria, pues es ilícito pactar ésta cláusula⁷³, y por último,

- h) Las partes conservan su identidad e individualidad en virtud de que los participantes no constituyen un nuevo sujeto de derecho, por lo que conservan su individualidad e identidad quedando facultados para seguir en otros negocios incluso compitiendo entre sí.

Con base en lo antes expuesto, se puede decir que el contrato de *joint venture* es un acuerdo entre dos o más personas, ya sean físicas o morales, nacionales o extranjeras, que tiene como objetivo un proyecto específico aportando cada una de ellas una serie de recursos y conocimientos y participando de manera proporcional a sus aportaciones en las ganancias y pérdidas que se tengan, así como en la administración del mismo, sin perder su autonomía jurídica y operativa.

2.4 Clasificación del contrato de *joint venture*.

Respecto a la clasificación del contrato de *joint venture*, el maestro Javier Arce Gargollo⁷⁴ dice que atendiendo a sus características se puede clasificar de la siguiente manera:

- a) Es un contrato mercantil, en virtud de que las partes que lo celebran son comerciantes y los actos jurídicos que prometen celebrar son actos de comercio;

⁷³ LÓPEZ CABANA, Roberto M. Coordinador, "Contratos especiales en el siglo XXI", Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1999. Pag. 95

⁷⁴ ARCE GARGOLLO, Javier. Op. Cit. Pag. 363

- b) Es un contrato atípico en el contexto nacional ya que en ninguna disposición normativa se reglamentan las relaciones jurídicas emanadas de éste contrato;
- c) Es un contrato formal, cuando es especie del contrato de promesa que establece obligaciones de celebrar contratos futuros, ya que debe constar por escrito;
- d) Es bilateral o plurilateral ya que todas las partes tienen derechos y obligaciones recíprocos;
- e) En la mayoría de los casos es oneroso ya que los provechos y gravámenes son para todos los contratantes;
- f) Es un contrato preparatorio cuando produce una situación jurídica preliminar para futuros actos jurídicos;
- g) Es un contrato asociativo, pues las partes contratantes se obligan a contribuir para la obtención de un fin común y están dispuestos a tener utilidades o pérdidas conforme al riesgo que involucra el contrato;
- h) En virtud de ser un negocio asociativo, el desarrollo de un alto nivel de confianza entre las partes es un elemento importante y delicado, siendo en este sentido *intuitu personae*, y
- i) En la mayoría de los casos se trata de un contrato de duración o de largo plazo.

2.5 Tipos de *joint ventures*.

Respecto a los tipos de *joint ventures*, la doctrina no es concurrente, pero aparentemente coinciden en señalar la existencia de cuatro especies de esta figura:

1. *Joint venture contractual*;

2. *Joint venture corporation;*
3. *Joint venture agreement;* e
4. *International joint venture.*

1. *Joint venture contractual.*

Éste también recibe el nombre de *joint venture contract*, *informal joint venture*, o *non equity joint venture*⁷⁵, es definida como una forma de cooperación entre dos o más personas, ya sean físicas o jurídicas, independientes, contribuyendo los participantes con una porción minoritaria de sus activos, para la realización de un trabajo o proyecto conjunto, que no entraña la creación de una persona moral distinta de los creadores⁷⁶.

En este tipo de *joint ventures*, los participantes no establecen una nueva empresa compartida para llevar a cabo su objeto; tampoco acuerdan la distribución entre ellos de una empresa existente. Así mismo, las relaciones jurídicas internas que se dan entre las partes, así como las de éstas con terceros, son estructuradas y reguladas sobre una base contractual, por lo que dichos acuerdos no implican de manera alguna la constitución de un nuevo ente societario, por lo que puede existir cooperación empresarial, industrial o tecnológica, pero cada partícipe conserva su autonomía societaria.

2. *Joint venture corporation.*

⁷⁵ Designación que utiliza GINEBRA SERRABOU, Xavier. "Aspectos jurídicos esenciales de las alianzas estratégicas o *joint ventures*", Revista de Derecho Privado, año 8, no. 23, México, D.F., mayo-agosto, 1997. Pag. 65.

⁷⁶ CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, y KELLY, Julio Alberto. "Contratos de colaboración empresarial: Agrupaciones de colaboración, uniones transitorias de empresas y *joint ventures*". Buenos Aires, Argentina, Editorial Heliasta S.R.L., 1987. Pag. 105

La *joint venture corporation*, es creada por dos o más socios, con personalidad jurídica, cuyo objeto social está restringido a operaciones concretas y limitadas, aunque lleve varios años realizarlas⁷⁷.

El maestro Sergio Le Pera⁷⁸, al hablar de las *joint venture corporations*, dice que en el habla comercial, la expresión *joint venture* se entiende como el acuerdo empresario que tiene como fin la realización de un proyecto específico, independientemente de la forma jurídica que se adopte.

Una de esas formas es la constitución de una sociedad por acciones o *corporations*, según sea el sistema jurídico aplicable, en la que participarán las empresas de que se trata, procurando restringir el acceso de terceros en las acciones de la sociedad; a esta sociedad se le da el nombre de *joint venture corporation*.

En éstas, las partes no limitan sus aportaciones a capitales; también pueden, en cumplimiento de las finalidades del *joint venture* celebrar contratos de suministro, transferencia de tecnología, préstamos y otros.

Haciendo una comparación con figuras jurídicas nacionales, se puede ver que se trata básicamente de la constitución de una sociedad anónima (en su caso), con independencia jurídica de las partes, por lo que se puede decir que no es una figura nueva, ya que se trata simplemente de una sociedad de sociedades. Al respecto, es importante destacar que no se trata de una fusión, ya que ninguna

⁷⁷ CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. *Op. Cit.* Pag. 104

⁷⁸ LE PERA, Sergio. *"Joint venture y sociedad", Acuerdos de coparticipación empresarial. 1ª. Reimpresión, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1989. Pags. 83-88*

de las partes que intervienen en una *joint venture corporation* se extingue, más bien subsisten como dos empresas independientes entre sí.

3. *Joint venture agreement*.

El término *joint venture agreement* o *joint venture en sentido estricto*, es aplicado al acuerdo entre dos o más partes para participar o ejecutar un trabajo conjuntamente, o fijar las bases de una futura sociedad⁷⁹.

La *joint venture agreement* solo es importante en el sistema jurídico estadounidense, pues es una creación jurisprudencial norteamericana destinada a eludir la prohibición según la cual una sociedad de capital o por acciones (*corporation*) no puede formar parte de una sociedad que no fuese por acciones (como la *partnership*, que es una sociedad de personas), porque la primera tiene un objeto social delimitado, y la segunda no⁸⁰.

Al ser estudiada desde el punto de vista del sistema jurídico mexicano, se convierte en un contrato de promesa de sociedad o promesa de fusión, pero contraviene los principios básicos de dichos contratos preliminares prometidos, ya que en la práctica, la *joint venture agreement* es la creación de una sociedad o una fusión temporal, sin observar las formalidades de ley, con la finalidad a corto plazo, de experimentar la producción conjunta de bienes o servicios, y que en caso de ser exitosa, devendría una nueva sociedad o bien una fusión de las participantes.

⁷⁹ ARCE GARGOLLO, Javier. "Contratos mercantiles asociativos.", Revista de Investigaciones Jurídicas, Escuela Libre de Derecho, no. 19, México, D.F., 1995. Pag.21

⁸⁰ LE PERA, Sergio. *Op. Cit.* Pag. 25

La práctica contractual demuestra la ausencia de formalidad en estos acuerdos, como son la inscripción de la nueva sociedad o la fusionante en el Registro Público del Comercio, se tratará de una sociedad irregular, basado en lo siguiente:

- 1) Hay una simulación de un contrato de promesa de sociedad, y en México, esta figura sólo puede producir la obligación de celebrar el contrato prometido en el tiempo fijado, sin producir los efectos del contrato prometido, y
- 2) Una concentración prohibida por los artículo 16 y siguientes de la Ley Federal de Competencia Económica, pues ésta para efectuarse, requiere en ciertos casos, de notificación de las sociedades que pretenden fusionarse.

4. *International joint venture.*

Esta surge a partir de la segunda guerra mundial, en donde una modalidad frecuente de actuación fue la asociación entre una empresa que tenía intención de realizar un proyecto o actividad específica fuera de su país de origen con una empresa local del país en que se disponía actuar⁸¹.

La doctrina le denomina *joint venture internacional*, ya que supone la coparticipación en la toma de decisiones de los inversionistas extranjeros, por concurrir en el capital social de sociedades o corporaciones de diversos países, o incluso, por el hecho de intervenir a través de entes sin personalidad jurídica. Sin embargo, en México, dichas posibilidades son contempladas y calificadas como inversión extranjera por los incisos a), b) y c) de la fracción II del artículo

⁸¹ LE PERA, Sergio. *Op. Cit.* Pag. 88

2º. Y como inversionista extranjero por la fracción III del citado artículo de la Ley de Inversión Extranjera, mismos que establecen lo siguiente:

Artículo 2º. "Para los efectos de esta Ley se entenderá por:

... II. Inversión extranjera:

- a) La participación de inversionistas extranjeros, en cualquier proporción, en el capital social de sociedades mexicanas;
- b) La realizada por sociedades mexicanas con mayoría de capital extranjero;
- c) La participación de inversionistas extranjeros en las actividades y actos contemplados por esta ley.

III. Inversionista extranjero: a la persona física o moral de nacionalidad distinta a la mexicana y las entidades extranjeras sin personalidad jurídica;..."

Por ello, es fundada la opinión de que estos contratos no son una institución desconocida o no contemplada en nuestra legislación.

2.6 Elementos constitutivos del contrato de *joint venture*.

La operación de *joint venture* se encuentra influenciada por el ámbito en el que se desarrolla, ya sea por la actividad o país, por las personas, sus necesidades e intereses, etc., pero aún así es posible reunir ciertos elementos constitutivos que permitan saber que se está frente a un contrato de *joint venture*.

Los elementos básicos del contrato de *joint venture* son los siguientes:

2.6.1 Naturaleza contractual.

El primer elemento y el más importante es fundamentalmente la existencia de un contrato que alcanza la categoría *sine qua non* para la existencia de esta institución. Este contrato, para que sea válido debe reunir los elementos de existencia y validez que la ley exija.

“El contrato que da origen al *joint venture* debe expresar claramente la intención de crearlo. Luego el propósito y ánimo de estructurarlo precisa estar presente para que se de nacimiento a esta operación. Es condición esencial de la relación entre las partes su expresión, sea formal o informal. Como un concepto jurídico, un *joint venture* no es un *status* creado por la ley, pero sí una relación jurídica asumida voluntariamente y nacida totalmente *ex contractu*”⁸².

2.6.2 Objeto específico.

Una de las características del *joint venture* como ya se ha dicho es la de estar destinado a un proyecto único o una aventura específica a la cual estarán destinados todos los esfuerzos de las partes, sin ser necesario que ésta se realice de manera inmediata. Lo que es de la naturaleza del *joint venture* es que sea limitado a una aventura en particular y que no sea general en su operación o en su duración.

Para autores como Sergio Le Pera⁸³, éste elemento es denominado *ad hoc* y es un elemento básico y primordial en el contrato, de tal forma que sin éste ni el contrato ni la operación existirían.

⁸² SIERRALTA RÍO, Aníbal. *Op. Cit.* Pag. 72

⁸³ LE PERA, Sergio. *Op. Cit.* Pag. 74

En la práctica se aconseja que se precise el objeto contractual e incluso que se detalle la intención y propósito de las partes a fin de que más tarde, en la eventualidad de un conflicto o duda en la interpretación o ejecución del contrato, los árbitros o los jueces conozcan la intención y el propósito de las partes al diseñar el contrato.

2.6.3 Plazo.

Este elemento constituye otra de las características singulares de este contrato, ya que el término está directamente relacionado con el objeto de la operación, por lo que el plazo puede estar determinado por las partes y generalmente estará basado en el tiempo que requiera el proyecto específico que se vaya a realizar.

Respecto al plazo, es importante señalar que hay autores que consideran que a la muerte de una de las partes el contrato se disuelve, y hay otros que opinan lo contrario.

El maestro Aníbal Sierralta Ríos⁸⁴ considera que esto dependerá de la naturaleza de las partes, ya que si se trata de personas físicas, automáticamente el contrato terminará ya que el elemento personal *intuitu personae* está implícito en la naturaleza del contrato de *joint venture*; pero si se trata de personas morales, no sería determinante la disolución de la operación y dar por resuelto el contrato. Las corporaciones desarrollan lazos más técnicos e impersonales.

⁸⁴ SIERRALTA RÍOS, Aníbal. *Op. Cit.* Pag. 74

2.6.4 Control conjunto.

Todos los sujetos que intervienen en el contrato de *joint venture* tienen la facultad de dirigir el negocio, por lo que los *coventurers* deben participar conjuntamente en el manejo y desarrollo del negocio o tener un control mutuo. Esto no quiere decir que cada parte tenga derecho a interferir a su arbitrio en las labores de quien haya sido designado para manejar el instrumento que se utiliza para el desarrollo de la empresa.

El jurista Marzorati⁸⁵ dice que si el *joint venture* tiene estructura societaria, es común que el régimen de participación de cada *coventurer* en el proyecto se convenga en el *joint venture agreement*, en el que deberán determinarse expresamente los niveles gerenciales y el organigrama de la sociedad ejecutora, el método de participación, atribuciones del director y mayorías con el que habrá de operar y las competencias de la asamblea, método de participación, exigencias de quórum y régimen de mayorías.

Éste elemento del *joint venture* nace cuando las partes se obligan ilimitada y solidariamente frente a terceros, haciendo que se mantenga el equilibrio de la operación, ya que el error de una de las partes traería como consecuencia el desequilibrio del negocio y la responsabilidad de éstas frente a terceros, por lo tanto, si hay responsabilidad solidaria, también debe haber gestión y control conjunto.

⁸⁵ Mazorati, autor citado por MARTORELL, Ernesto Eduardo., *Op. Cit.* Pag. 258

2.6.5 Distribución de resultados.

Al hablar de distribución de resultados, lo común es relacionarlo con la obtención de utilidades, pero en el contrato de *joint venture*, se deben entender las ganancias no sólo como lo obtenido en dinero o bienes, sino más bien como un resultado que tienen un valor económico; al hablar de valor económico se debe entender como una rentabilidad efectiva, es decir que no siempre se refiere al dinero, ya que las partes al contratar buscan satisfacer intereses y necesidades, mismas que pueden ser de diferente tipo como puede ser ingresar a un nuevo mercado, tratar de ostentar un primer puesto en tecnología en determinado sector, lo que posteriormente dará como consecuencia que la empresa logre su objetivo aunque las utilidades obtenidas no resulten sustantivas de manera inmediata.

Con base en lo anterior, se puede decir que el lucro es una consecuencia y no la finalidad inmediata del contrato de *joint venture*, ya que su propósito puede ser desarrollar una tecnología, abrir un mercado, efectuar trabajos de investigación, alcanzar economías de escala, o conseguir realizar un trabajo de cooperación con miras económicas.

Dentro de este contrato es obvio que todos las partes deben tener derecho a participar en las ganancias que produzca el negocio común, y sonaría lógico decir que también ambas participarán en las pérdidas de manera proporcional, mas sin embargo hay autores que dicen que por acuerdo de las partes se podría establecer que algunas de las partes podrían ser eximidas de colaborar para sufragar las pérdidas⁸⁶.

⁸⁶ MARTORELL, Ernesto Eduardo. *Op. Cit.*, Pag. 259

2.6.6 *Intuitu personae.*

El contrato de *joint venture* tiene su origen en la voluntad de las partes y la relación entre ellas pretende que nadie más intervenga en dicho contrato, ya que el propósito de una acción conjunta denota mutua confianza entre los sujetos con base en la especialización del negocio o la tecnología que aportan los contratantes.

La especialidad en la producción de ciertos productos o los conocimientos y dominio de la tecnología son los que motivan a una de las partes para acercarse a la otra, así como la posesión de materias primas o el conocimiento de los canales comerciales hacen que otro busque a una parte que los complemente.

De lo anterior se puede decir que las características particulares y en ocasiones originales de los sujetos son las que los hacen unirse y las que les dan la característica *intuitu personae* al contrato, causa por la cual no se da generalmente la variación de las partes⁸⁷.

2.6.7 *Naturaleza fiduciaria.*

Como se ha venido diciendo a lo largo de este trabajo la celebración del contrato de *joint venture* está basada en la confianza estrecha entre los socios, en la reunión de factores personales alejados de términos legales y que se traducen en la buena fe, la confianza, la fidelidad y la integridad, siendo estos la base de este contrato.

⁸⁷ SIERRALTA RÍOS. Aníbal. *Op. Cit.* Pag. 78

Las partes se deben la más alta lealtad y muchos actos o formas de conducta posibles en cualquier otra relación contractual que llegaren a adquirir están prohibidos para los sujetos vinculados en esta operación, aunque conservan la libertad para continuar compitiendo en otros proyectos para los que no se han unido siempre y cuando no actúen deslealmente y no entorpezcan la realización del objeto específico del contrato que han celebrado. Ésta es una característica propia del *common law* misma que ha sido respetada por la jurisprudencia norteamericana.

El maestro Sergio Le Pera, al explicar la naturaleza fiduciaria del contrato de *joint venture* hace referencia a la resolución de la Corte norteamericana al resolver el caso *Meinhard v. Salmon*, misma que dice lo siguiente: “ Los *joint adventurers* , al igual que los *partners*, se deben uno al otro, mientras la empresa continúa, el deber de la más delicada lealtad. Muchas formas de conducta permisibles en el mundo cotidiano para aquellos que actúan sin ninguna especial vinculación entre sí están prohibidas para aquellos atados por lazos fiduciarios. No solamente honestidad, sino también el puntillo del honor más delicado es aquí una pauta de conducta. A este respecto se ha desarrollado una tradición que es continua e inveterada. Una rigidez sin compromisos ha sido la actitud de las Cortes de equidad cuando se les ha pedido que debiliten la regla de total lealtad mediante la erosión desintegradora de excepciones particulares. Sólo así las pautas de conducta para los fiduciarios han sido mantenidas en un nivel más elevado que aquél por el que transitan las multitudes. Y ese nivel no será disminuido por ninguna decisión consciente de esta Corte”⁸⁸.

⁸⁸ Resolución de la Corte norteamericana respecto del caso *Meinhard v. Salmon*, citada por LE PERA, Sergio. *Op. Cit.* Pag. 78

2.6.8 Responsabilidad limitada.

En el contrato de *joint venture* cada una de las partes asume responsabilidad frente a terceros, teniendo como único límite el objeto del contrato, por lo tanto, sólo es válido decir que responden por actos, obligaciones o compromisos que estén vinculados directamente con el fin del contrato.

El maestro Sergio Le Pera, al hablar de éste elemento, refiere una resolución de la Corte norteamericana respecto del caso *Rae v. Cameron*, misma que dice lo siguiente: "cada uno de los *joint venturers* tiene facultad para obligar a los otros y sujetarlos a responsabilidad frente a terceros en cuestiones que estén estrictamente dentro del ámbito de la *joint enterprise*. Así, un miembro del *joint venture* puede obligar a sus asociados, sean ocultos o no, por los contratos que sean razonablemente necesarios para llevar adelante el negocio"⁸⁹.

Éste elemento está íntimamente ligado a otro que es característico del *joint venture* y que se le denomina *mutual agency*, de tal forma que se puede decir que son elementos consustanciales, pero esta característica puede ser modificada contractualmente ya que se puede pactar cosa distinta en el contrato sin desvirtuar la figura, ya que los riesgos son asumidos para una tarea o fin específico al cual se están aportando bienes, servicios o tecnología.

Es necesario destacar que si las partes no mencionan los límites de la responsabilidad, la misma debe entenderse como una responsabilidad sin restricciones. "Por ello es que algunas legislaciones, que buscan promover la formación y desarrollo de esta figura, otorgan incentivos tributarios y beneficios

⁸⁹ Resolución de la Corte norteamericana respecto del caso *Rae v. Cameron*, citada por LE PERA, Sergio. *Op. Cit.* Pag. 76

crediticios a fin de aliviar el riesgo o la responsabilidad ilimitada que asumen las partes en una operación nueva e importante para el desarrollo de algún sector de la economía”⁹⁰.

2.7 Elementos esenciales y de validez del contrato de *joint venture*.

Como ya se ha dicho y a pesar de que el *joint venture* es un contrato atípico, va a estar regulado por los principios de libertad contractual, autonomía de la voluntad de las partes y las garantías individuales de libre asociación y libertad de comercio y empleo siempre que sea lícito, por lo que deberá cumplir con los elementos esenciales y de validez que en la legislación mexicana se señalan, por lo que deberá sujetarse a los principios que establecen ciertas normas como lo son el Código de Comercio, la Ley General de Sociedades Mercantiles, diversas disposiciones mercantiles, el Código Civil Federal, así como la Ley Federal de Competencia Económica, misma que es reglamentaria del artículo 28 constitucional en materia de monopolios, prácticas monopólicas y concentraciones, Ley de Inversión Extranjera y su Reglamento, en los caso en que haya un participante extranjero, y la Ley de Propiedad Industrial, para todo lo referente a registro y licencia de patentes, marcas y transferencia de tecnología entre otros tópicos.

Elementos esenciales.

a. Consentimiento.

En el contrato de *joint venture* se puede entender el consentimiento como el acuerdo de voluntades encaminadas a combinar en forma limitada los recursos

⁹⁰ SIERRALTA RIOS, Aníbal. *Op. Cit.* Pag. 80

y esfuerzos necesarios para la ejecución de una operación comercial distribuyéndose las partes contratantes las utilidades y los riesgos sin necesidad de crear una nueva persona moral.

Ya se había dicho que el consentimiento se puede dar de manera expresa o tácita. En el contrato de *joint venture*, la manifestación deberá ser de manera expresa, ya sea que las partes la manifiesten de manera verbal, por escrito, por medios electrónicos, ópticos o por cualquier otra tecnología, o por signos inequívocos, esto en virtud de que este contrato produce efectos jurídicos complejos y es necesario determinar sobre la convergencia de la voluntad de las partes sobre los recursos y esfuerzos aportados así como sobre la finalidad común perseguida.

b. Objeto.

El objeto directo del contrato de *joint venture* consiste en la transferencia del uso y goce de los recursos y los esfuerzos combinados, sin ser necesaria la creación de una persona moral, a través de la estructuración de la administración y ejecución conjunta del negocio perseguido en la práctica, así como la forma de ejecutar el mismo.

Por otro lado, el objeto indirecto va a estar integrado por los recursos y esfuerzos aportados de manera conjunta entre las partes, los cuales deben cumplir con ciertos requisitos que marca la ley, como por ejemplo, si se refiere a cosas, éstas deberán existir físicamente en la naturaleza o bien ser susceptibles de existir si es que se trata de cosas futuras, ser determinadas o determinables y además estar en el comercio, ahora bien si se refiere a hechos, éstos deberán ser física y jurídicamente posibles.

Elementos de validez.

a. Licitud en el fin, motivo u objeto.

Éste es un aspecto importante en el contrato de *joint venture* en virtud de que las partes deberán estudiar perfectamente antes de celebrarlo la viabilidad de celebrar otras figuras que vayan más acordes con sus necesidades, como podría ser la creación de una sociedad mercantil o una fusión de sociedades y sólo en caso de que las partes consideren correcto no crear una nueva sociedad mercantil sino administrar la conjunción de recursos y esfuerzos por medios contractuales, será idónea la celebración de este contrato.

Algunas leyes limitan o prohíben expresamente algunas asociaciones que tengan o puedan llegar a tener un objeto ilícito. La Constitución en el artículo 9º. limita la libertad de asociación, sólo a ciudadanos mexicanos cuando ésta tiene fines políticos.

Así mismo, el Código Penal Federal tipifica como delito la asociación delictuosa.

También es importante evitar cometer con la celebración del contrato de *joint venture* alguna de las prácticas monopólicas absolutas o relativas o concentraciones prohibidas por la Ley Federal de Competencia Económica, ya que de lo contrario, si la Comisión Federal de Competencia considera que el objeto o efecto del contrato es "disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia respecto de bienes o servicios iguales, similares o sustancialmente relacionados", dichos contratos podrán ser impugnados y las partes sancionadas con multas por dicha Comisión conforme a la Ley de

Competencia Económica; de igual forma, se debe respetar en los casos específicos, los límites de participación de inversiones extranjeras establecidos por la Ley de Inversión Extranjera y su Reglamento.

Dentro de los motivos que pueden tener cada una de las unidades económicas que pretenden contratar y que se consideran lícitas, el maestro Aníbal Sierralta Ríos⁹¹ señala las siguientes:

- a) Obtener una imagen a nivel internacional;
- b) Transferencia de tecnología con el fin de adquirir mayor destreza o la explotación de nuevos inventos y procesos;
- c) La penetración en nuevos mercados;
- d) Por presión del país anfitrión, es decir que a los inversionistas extranjeros les exijan que se asocien con empresas nacionales con el fin de desarrollar nuevas tecnologías, especializar a sus profesionales o reducir la salida de divisas, entre otras;
- e) Por las facilidades tributarias y fiscales;
- f) El control de los recursos y las materias primas, esto lo hacen muchas empresas con el fin de acceder a fuentes de materias primas;
- g) La legislación antimonopólica, y
- h) La facilidad y uso de mano de obra.

b. Forma.

Como ya se ha dicho, el *joint venture* es un contrato atípico, por lo tanto no existe disposición que contemple formalidad alguna para celebrar este contrato, por lo que sería suficiente con que se otorgara el consentimiento en forma

⁹¹ SIERRALTA RÍOS, Aníbal. *Op. Cit.* Pag. 116-118

verbal, sin embargo, debido a la complejidad de las obligaciones que pactan las partes y los montos que llegan a importar son contratos que en la práctica se recomienda que consten por escrito privado.

Algunos autores al hablar de la forma de los contratos de *joint venture* dicen que se caracteriza por una secuencia de cuatro tipos básicos de documentos: un memorándum de intenciones, un protocolo o carta de intención (no siempre necesario), un contrato base y varios contratos satélites. El jurista Claude Reymond⁹² dice que "... es un sistema de contratos institucionales y operacionales".

Generalmente la celebración del *joint venture* comienza con la elaboración de un protocolo o carta de intención, que va a ser el documento preliminar y que da origen al contrato de *joint venture*; es un pre-acuerdo que se va a extinguir cuando el contrato entre en vigor. Dentro del Código Civil Federal están regulados los contratos preparatorios, y establece que se puede asumir contractualmente la obligación de celebrar un contrato futuro, dando origen esa promesa de contrato a obligaciones de hacer consistentes en celebrar el contrato respectivo de acuerdo con lo ofrecido.

En el contrato preliminar es en donde se determinan las partes, se señalan y delimitan los objetivos y propósitos del *joint venture* y se determinan las aportaciones y/o contribuciones de las partes.

El siguiente paso para la celebración del *joint venture* es la elaboración del contrato base, documento que se elabora atendiendo a las circunstancias o el

⁹² REYMOND, Claude. Autor citado por SIERRALTA RIÓS, Aníbal. *Op. Cit.* Págs. 214-215

medio ambiente en el que va a operar el *joint venture*; en él se determinarán los sujetos, las intenciones, es decir las causas que llevaron a constituir un *joint venture*, los objetivos, plazo y condiciones de la operación, la estructura y forma en que se efectuará, la participación de las partes en la gestión y en sus unidades administrativas, así como sus derechos y obligaciones, la estructura del capital, la gerencia, los contratos satélites que se van a celebrar, el régimen contable y financiero y la solución de controversias entre otros.

Es común que dentro de los contratos de *joint venture* se celebren acuerdos o contratos complementarios, como puede ser el caso de contratos de licenciamiento, tecnología, comercialización, gerenciamiento, etc. Éstos pueden ser tantos cuanto las exigencias del objeto del contrato lo demande. Los contratos satélites se puede decir que son contratos accesorios, ya que dependen de un contrato principal para su existencia, que en este caso es el contrato base.

c. Capacidad.

Para la celebración del contrato de *joint venture* es necesario tener tanto la capacidad de goce como la capacidad de ejercicio. En el caso de personas físicas, éstas deberán tener la capacidad general para contratar y especial sobre los bienes o derechos que aporten , y tratándose de personas morales, en su escritura constitutiva, deberán estar contempladas las facultades de la asamblea general para hacer aportaciones a otras sociedades o bien para transferir el uso o goce de recursos, transferencia de tecnología y demás necesarias para otorgar válidamente su consentimiento en el contrato de *joint venture*.

Para el caso de que una de las partes sea una persona física o moral extranjera, se requiere la capacidad especial conforme a las leyes mexicanas, es decir que

deberán cumplir con los requisitos solicitados por normas como la Ley de Inversión Extranjera, en donde en sus artículo 17 y 17-A, establece que deberán obtener autorización de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial (hoy Secretaría de Economía), así como otros contenidos en los artículos 250 y 251 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, en dónde se establece que las sociedades extranjeras requieren para ejercer el comercio, su inscripción en el Registro Público de Comercio.

2.8 Utilidad del contrato de *joint venture*.

En la mayoría de los contratos de *joint venture* que se celebran, los socios son de diferente nacionalidad y utilizan este contrato para participar de manera conjunta en negocios.

En el caso concreto de México, los factores económicos de las empresas locales no alcanzan para llevar a cabo sus proyectos ya sean de carácter industrial, comercial, etc., por lo que en ocasiones deben unificar sus esfuerzos para lograr un fin ya que en caso de que lo llevaran a cabo por sí solas, sería materialmente imposible.

Por otro lado, en los países desarrollados como es el caso de los países anglosajones y de Europa occidental, desde principios de siglo la conjugación de esfuerzos destinados a un fin común se volvió un medio común para las empresas para lograr ciertos objetivos.

Debido a las necesidades económicas que está viviendo nuestro país se han ido creando nuevas y diversas formas de realizar negocios jurídico-económicos, mismos que se desarrollan entre una gran cantidad de disposiciones legales que

entorpecen su desarrollo normal debido a la inadecuación de nuestro sistema jurídico actual.

Los principales problemas a los que se enfrentan las empresas mexicanas son la escasez de recursos y el atraso tecnológico, siendo éstos los motivos principales por los que recurren a la figura contractual que es objeto de estudio del presente trabajo, en la que se aportan bienes y servicios pudiendo lograr así grandes resultados.

Al momento de celebrar contratos de *joint venture* existen grandes ventajas tanto para los participantes extranjeros como para el país en el que se encuentran, dentro de las que se pueden mencionar las siguientes:

- a) A través del contrato de *joint venture* se pueden canalizar parte de los provechos obtenidos del contrato en favor de factores productivos del país receptor.
- b) Los *joint ventures* internacionales coadyuvan en la creación de una clase empresarial en el país receptor capaz de captar tecnologías y métodos operativos modernos.
- c) A través de éste contrato se puede lograr la existencia de sectores enfocados principalmente al comercio exterior, relativamente modernos y capitales intensivos, dejando atrás las economías de subsistencia, infracapitalizadas, inoperantes e incapaces de absorber nuevas tecnologías, en las que la mayoría de la población es mano de obra.
- d) El hecho de que participen en un mismo negocio empresas nacionales como internacionales tanto del sector público como del sector privado, reduce la desconfianza de que la inversión extranjera se convierta en un instrumento de dominación económica, política o cultural.

- e) Se puede obtener una tecnología de punta.
- f) Se da la creación de nuevos negocios.
- g) Se fomenta el aprendizaje de nuevas técnicas más avanzadas en todos los rubros de una empresa.
- h) La aptitud de exportar.

Por otro lado, están los motivos que hacen que la parte extranjera invierta en nuestro país a través de la celebración de un *joint venture*, entre los que se pueden mencionar los siguientes:

- a) La participación local puede ayudar para eludir limitaciones en el capital disponible para el inversor extranjero.
- b) En el caso de negocios de alto grado de riesgo, el inversionista extranjero puede distribuir el área de la operación con otros inversionistas a cambio de obtener menos utilidades en caso de éxito.
- c) Los inversionistas locales pueden facilitar las relaciones con las autoridades, el público y las fuerzas políticamente influyentes.
- d) La parte local puede tener mayor conocimiento de la situación tratándose de mercados laborales y la comercialización en el país huésped.
- e) La participación local puede ser una condición para efectuar operaciones con organismos estatales o suscribir diversos tipos de contratos con éstos.
- f) La necesidad de adecuarse a las reglas económicas del país huésped, ya que las normas locales que rigen a la inversión extranjera exigen que en los nuevos negocios participen y tengan intervención empresas del país huésped, tal como lo establece el artículo 7º de la Ley de Inversión Extranjera, en el que se señalan los porcentajes máximos en los que pueden participar los inversionistas extranjeros.

- g) El deseo e interés de compartir el riesgo económico de las nuevas empresas y aprovechar la experiencia y conocimientos del inversionista local por encontrarse en su propio mercado.
- h) Vender tecnología al *joint venture*, etc.

Con base en lo anterior se puede decir que "el *joint venture* nace como un medio útil para captar capitales extranjeros, sobre todo en países que requieren resolver los problemas de un desarrollo constante, pues a través del *joint venture* una determinada economía tiene la posibilidad de captar capitales extranjeros"⁹³.

2.9 Disolución y liquidación del contrato de *joint venture*.

Con base en la legislación mexicana, no se puede concebir la disolución de contratos (aunque la doctrina extranjera los llame asociativos) que no gocen de personalidad jurídica, a menos de que se trate del contrato de asociación en participación, mismo que funciona, se disuelve y se liquida, en primer lugar, conforme a las estipulaciones específicas de las partes, y en segundo lugar, por las reglas establecidas para las sociedades en nombre colectivo (artículo 259 de la Ley General de Sociedades Mercantiles).

Como se ha visto, en el contrato de *joint venture*, las partes pretenden afectar al fin común perseguido ciertas aportaciones, separándose de la utilidad de dichas participaciones, por lo tanto, se puede decir que existe un conjunto de bienes, derechos, conocimientos técnicos, administrativos, secretos industriales y otros,

⁹³ BERDEJA PRIETO, Agustín. "Marco Jurídico del Convenio de Co Inversión (*Joint Venture*)", Conferencia dictada en la Barra Mexicana Colegio de Abogados, 16 de octubre de 1996. Pag. 1.

que no constituyen las ganancias de la alianza y que deben ser divididos entre las partes en caso de disolución o liquidación del mismo contrato.

Con base en lo anterior, se puede decir que, en primera instancia, por la libertad de asociación y el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, es lógico, que los otorgantes determinen un sistema de repartición de dichas aportaciones, ya sea que, subsistiendo exactamente los mismos bienes y derechos inmateriales, éstos regresen a su propietario original, o bien, de ser esto imposible, se distribuyan entre los contratantes el monto, según se haya pactado.

Algunas de las causales de disolución que se presentan en la práctica mercantil norteamericana son las siguientes⁹⁴:

- a) El vencimiento del término fijado para la duración del contrato o del negocio;
- b) La finalización del negocio o actividad mercantil pactada en el contrato;
- c) El fallecimiento de uno de los co-asociados, sin embargo puede pactarse la continuación del negocio con los demás, o con la inclusión de los herederos del *de cujus*;
- d) Un impedimento físico de uno de los co-asociados, aplicando la regla anterior, y
- e) Si el negocio deviene en prohibido o contrario al orden o interés público.

Además de las causa anteriormente señaladas, se podrían agregar las siguientes:

⁹⁴ PASTOR ARGUMEDO, Reynaldo. "Naturaleza jurídica del contrato de joint venture", Derecho, no. 39, Lima, Perú, Diciembre, 1995. pags. 320 y 321.

- a) La disolución o liquidación de alguno de los aliados (sociedades);
- b) La quiebra de uno de los aliados⁹⁵;
- c) Por incumplimiento de una de las partes.

2.10 Mecanismos de solución de controversias en los contratos de *joint venture* internacionales.

Actualmente la impartición de justicia en México así como en otros países en vías de desarrollo, se encuentra con grandes dificultades por lo que respecta a la solución de controversias en asuntos de carácter internacional, ya que en la mayoría de los casos, los jueces no se encuentran actualizados en los cambios que han ido operando en las ciencias, la tecnología y el comercio internacional, además de que se enfrentan a procesos bastante largos que pueden tardar años en resolverse, por lo que se hace más difícil ayudar a la solución de controversias cuando a estos asuntos se refiere, es por eso que es recomendable, sobre todo cuando en la celebración de un contrato de *joint venture* las partes contratantes son de diferentes nacionalidades, se determinen los mecanismos de solución de controversias en caso de que éstas se llegaren a presentar.

Algunos mecanismos que se pueden establecer dentro de los contratos para resolver controversias son la mediación, la conciliación y el arbitraje, entre otros.

2.10.1 La mediación.

⁹⁵ Cfr. ROTTMAN, Horacio. "*Joint Ventures*", Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones, año 26, no. 151/153, Buenos Aires, Argentina, enero-junio 1993. Pag. 252. Sostiene que la quiebra de una de las partes, no se extiende a las demás.

La mediación es un medio de solución de controversias en el que las partes, guiadas por un tercero extraño, la solucionan. En ésta la solución no es propuesta por el tercero, sino que es descubierta por las partes mismas.

Éste mecanismo de solución de controversias depende en gran medida de la eficacia del mediador, siendo éstos escasos por la compleja formación que necesitan para desempeñarse bien, lo que convierte a la mediación en un sistema poco idóneo para la solución de los litigios internacionales⁹⁶.

2.10.2 La conciliación.

En ésta, el conciliador asume un papel más activo, que consiste en proponer a las partes alternativas concretas para que resuelvan de común acuerdo sus diferencias.

El maestro Jorge Alberto Silva en su obra titulada "Arbitraje comercial internacional en México"⁹⁷ expone las reglas de la Corte de Arbitraje Internacional (CAI) sobre la conciliación y son las siguientes:

La conciliación se inicia con la presentación de la demanda conciliatoria ante el Secretario General de la CAI; en ésta se debe exponer la pretensión y anexar las pruebas fundatorias; dicha solicitud se va a notificar a la contraparte a través de correo, y el notificador interpela al notificado para que responda si desea someterse a la conciliación.

⁹⁶ GINEBRA SERRABOU, Xavier. "Alianzas estratégicas o Joint Ventures", Editorial Themis, México, 2000. Pag. 172

⁹⁷ SILVA, Jorge Alberto. "Arbitraje comercial internacional en México", Pérez-Nieto Editores, México, 1994, Pags. 13 a 15

Para llevar a cabo el procedimiento de conciliación, no es necesaria la celebración de un acuerdo arbitral ni un acuerdo previo en los que se establezca la conciliación como un medio para solucionar controversias.

El conciliador deberá proponer soluciones a las partes. En caso de que la contraparte no desee someterse a un procedimiento de conciliación, se da por terminado éste, pero si está de acuerdo, se va a fijar fecha para la audiencia en la que se va a escuchar a las partes. Si se produce la avenencia entre éstas, se levanta el acta correspondiente, y termina el procedimiento con una resolución o resultado, que se conoce con el nombre de formula de conciliación.

2.10.3 El arbitraje.

El arbitraje es una institución que permite a las partes confiar una decisión de una controversia a uno o mas particulares.

Para el jurista Humberto Briseño Sierra⁹⁸, el arbitraje es un proceso jurídico tramitado, desarrollado y resuelto por particulares.

Estructuralmente el arbitraje es una relación jurídica triangular en cuyo vértice superior se encuentra el arbitro, que es el sujeto ajeno a los intereses en disputa, elegido y llamado por las partes para componer las diferencias que les separan.

Para José Becerra Bautista⁹⁹, el vocablo arbitro proviene del latín *arbiter*, que significa para este autor, la persona escogida en virtud de honoríficas razones,

⁹⁸ BRISEÑO SIERRA, Humberto. "El Arbitraje Comercial". Editorial Limusa, 1979. Pag. 12.

⁹⁹ BECERRA BAUTISTA, José. "El Proceso Civil en México" 15ª. ed., Editorial. Porrúa, S.A., México, 1999. Pag. 741.

por aquellos que tienen una controversia para que la dirima, basada en la buena fe y en la equidad.

El proceso del arbitraje no solo abarca la intermediación sino que también el dictamen de un experto, la conciliación, la amigable composición, el laudo en conciencia y el procedimiento en derecho.

El arbitraje comienza con la celebración de un acuerdo arbitral, el cual implica para las partes una renuncia a su derecho de accionar ante un tribunal jurisdiccional estatal para que éste les solucione el litigio y, a su vez le impide a los tribunales jurisdiccionales del Estado ejercer la función jurisdiccional sobre los litigios precisados por las partes. Es decir que en éste acuerdo de voluntades se pacta qué litigios se solucionarán mediante el proceso arbitral.

Este acuerdo arbitral es un convenio que crea o transfiere derechos y obligaciones entre los contratantes. Se trata de un convenio que en lugar de contener normas sustantivas, contiene en gran medida normas procesales. De ahí que también se le considere un contrato procesal, acuerdo o contrato en sentido amplísimo.

En la Ley Modelo de la UNICITRAL en su artículo 7, se define al acuerdo arbitral como el “acuerdo por el que las partes deciden someter al arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual...”

El Código de Comercio, en su artículo 1416, define al Acuerdo Arbitral como “...el acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas o ciertas

controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o no contractual”.

Para que el acuerdo arbitral sea válido, es necesario que cumpla con ciertos elementos entre los que destacan los siguientes:

- Elementos de Existencia.

a) Objeto.

Este consiste en la expresión del deseo de someterse al proceso arbitral para dirimir la controversia, presente o futura, estableciendo a la vez la forma de solucionarlo.

b) Consentimiento.

El consentimiento surge cuando ambos compromitentes se ponen de acuerdo en esta forma de solucionar los conflictos, lo cual puede surgir cuando a una oferta o policitud seria, proveniente de una de las partes para solucionar un conflicto mediante el proceso arbitral.

- Elementos de Validez.

a) Forma.

Según la Convención Interamericana sobre Arbitraje comercial “el acuerdo respectivo constará en el escrito firmado por las parte o en el canje de cartas, telegramas o comunicaciones por télex”.

La Ley Modelo de Arbitraje de la UNCITRAL, que desarrolla a la Convención de Nueva York, establece que el acuerdo deberá ser por escrito, pero seguidamente se apresurará a establecer que se considera escrito no solo cuando se condense en algún documento, sino también cuando surge de cartas, télex, telegramas y cualquier otro medio de telecomunicación. Nuestro Código de Comercio siguió a la Ley Modelo, agregando el facsímil. "esto quiere decir que, aunque la aceptación no tenga que asumir la forma escrita, no tiene que darse la aceptación. La aceptación debe de existir aunque no sea en forma escrita."¹⁰⁰

b) Objeto, motivo o fin lícito.

El acuerdo arbitral debe de referirse a la licitud del arbitraje *in genere* se establece en el acuerdo de arbitraje. Debemos de recordar que existen litigios donde la ley no permite su solución mediante el proceso arbitral.

c) Ausencia de vicios de la voluntad.

Las partes al negociar deben de estar enteradas y conscientes de lo que hacen, sin presión alguna, es decir, libremente. El Código Civil Federal establece que el consentimiento no es válido cuando ha sido dado por error, con violencia o dolo.

d) Capacidad de las partes.

¹⁰⁰ SILVA, Jorge Alberto. *Op. Cit.* Pag. 72

Las partes en el acuerdo arbitral tienen que ser capaces para poder pactar.

Existen dos tipos de acuerdo arbitral; uno de ellos es el que atiende al momento en que surge el litigio que es el acuerdo preliminar y el otro que es el acuerdo definitivo, mejor conocido como compromiso arbitral.

I. Acuerdo Preliminar.

- En el acuerdo preliminar se prevé la existencia de litigios futuros.
- Aquí se determina de manera genérica el objeto del arbitraje.
- Este acuerdo es anterior en tiempo al definitivo.
- No se agota o extingue en un solo juicio y subsiste mientras subsiste la posibilidad de litigios futuros.

II. Acuerdo definitivo o compromiso arbitral.

- En el acuerdo definitivo el litigio ya está presente.
- El objeto del arbitraje ya se especifica.
- El acuerdo definitivo es posterior en tiempo al acuerdo preliminar.
- Se agota al resolverse el concreto y específico litigio.
- Lo podemos dividir en acuerdo arbitral posterior a sentencia judicial y en acuerdo arbitral en litigios no resueltos.

Tradicionalmente los autores dividen las formas de los acuerdos en cláusula arbitral y compromiso, atendiendo el momento en que se dé el conflicto.

I. Cláusula Arbitral.

También conocida como “Cláusula Compromisoria” expresa la voluntad de las partes de someter a arbitraje controversias futuras que puedan suscitarse por el contrato en el que la cláusula está inserta, sin más especificaciones que sobre el organismo arbitral, a veces las reglas del procedimiento, y otras la misma sede

del arbitraje, y aun el idioma que se empleará....Probablemente por ello las leyes mexicanas dieron una importancia secundaria a esta figura, al grado de que el Código de Comercio no la menciona, aunque en la práctica se observa que la cláusula compromisoria es coercible a través de los tribunales competentes.”¹⁰¹

Esta cláusula arbitral abarcaría al acuerdo preliminar al que se hizo referencia anteriormente.

II. El compromiso.

“El compromiso”, por su parte, es un contrato con toda la extensión de previsiones, en el que se comienza por indicar el conflicto ya suscitado, las partes intervinientes, el sujeto nombrado arbitro, la facultad que se le otorga, etc., y también de una manera más o menos coincidente, los otros puntos que pueden aparecer en la cláusula, como son las leyes aplicables, las reglas de procedimiento, las facultades para decidir conforme a derecho o sin justificar los puntos resolutiveos, es decir en equidad, como amigable composición.

Esta cláusula arbitral abarcaría al acuerdo definitivo o compromiso arbitral de la clasificación mencionada anteriormente.

El acuerdo arbitral tiene plena autonomía, toda vez que si se declara la nulidad del contrato objeto de la contienda en nada afecta la validez del acuerdo, igualmente si se declara la nulidad del acuerdo, en nada afecta la validez del contrato celebrado entre las partes. En cuanto a la cláusula compromisoria; corresponde al árbitro resolver sobre la validez de la cláusula, independientemente de los vicios que pudieran encontrarse en el contrato.

¹⁰¹ Briseño Sierra, Humberto. “SOBRE ARBITRAJE. ESTUDIOS.” Editorial Limusa, México, 2000. Pag 57.

CAPÍTULO TERCERO.

FORMAS JURÍDICAS AFINES AL CONTRATO DE *JOINT VENTURE* EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO.

En el derecho mexicano existen diversas figuras jurídicas relativas a la función asociativa que están encaminadas a la obtención de resultados colectivos en un plano de ayuda mutua y colaboración, ya sea a través de la celebración de contratos o bien constituyendo una nueva sociedad.

Dentro de estas figuras podemos señalar a la asociación en participación, los contratos de transferencia de tecnología, la concentración de sociedades a través de los consorcios de exportación, las sociedades de responsabilidad limitada de interés público, el cártel, el contrato de sociedad, la integración externa de empresas a través de la fusión y escisión de sociedades, entre otros.

3.1. La asociación en participación.

Como su nombre lo indica, la Ley General de Sociedades Mercantiles tiene por objeto la regulación de los procesos relativos a la creación, organización, funcionamiento y extinción de las personas morales que se constituyen con base en sus preceptos¹⁰², más sin embargo, en el último apartado de sus preceptos normativos (artículos del 252 al 259) se consagran diversas disposiciones que regulan una figura contractual de carácter asociativo, a través de la cual no se da

¹⁰² Cfr. SEPÚLVEDA SANDOVAL, Carlos. "La empresa y sus actividades", *Concepto Jurídico*. 1ª edición, Editorial Mc Graw Hill, México, 1997. Pag. 78

nacimiento a persona moral alguna, que sea titular de sus propios atributos y cuente con una personalidad jurídica distinta a la de sus integrantes¹⁰³. A ésta figura se le da el nombre de asociación en participación, y se utiliza frecuentemente en el plano de las operaciones comerciales a nivel internacional.

El artículo 252 del citado ordenamiento jurídico, define la asociación en participación de la siguiente manera: “La asociación en participación es un contrato por el cual una persona concede a otras que le aportan bienes o servicios, una participación en las utilidades y en las pérdidas de una negociación mercantil o de una o varias operaciones de comercio”.

Las partes en el contrato de referencia son el asociante, que es una persona física o moral, que es aquella que lleva a cabo la negociación en nombre propio y a cuya propiedad pasan los bienes dados por el asociado, y el asociado, que bien puede ser una pluralidad de personas físicas o morales o una sola persona, que es quien aporta bienes o servicios a cambio de una participación en las utilidades del negocio.

Los juristas Chuliá Vicent y Beltrán Alandete definen la asociación en participación como “aquella que se forma como resultado de un compromiso entre dos o más sociedades y cuya finalidad es realizar una operación de negocios distinta generalmente complementaria de la que desempeñan las empresas constituyentes”¹⁰⁴.

¹⁰³ Cfr. SEPÚLVEDA SANDOVAL, Carlos. *Op. Cit.*, Pag. 83

¹⁰⁴ Chuliá Vicent y Beltrán Alandete, autores citados por CASTRILLÓN Y LUNA, Victor M., *Op. Cit.*, Pag. 464

Los maestros Erick Carvallo Yáñez y Enrique Lara Treviño dicen que la asociación en participación es en sí una convención mercantil a través de la cual dos o más personas conjuntan sus recursos a fin de generar utilidades y, en su caso, compartir pérdidas ¹⁰⁵.

En virtud de lo anterior, se pueden señalar algunas características del contrato de asociación en participación, mismas que se desprenden de la Ley General de Sociedades Mercantiles, y son:

- 1) El contrato de asociación en participación debe constar por escrito, no tiene razón o denominación social y no está sujeto a registro, tal como lo establecen los artículos 253 y 254 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, por lo tanto no se crea una nueva persona moral, sino que más bien se está frente a una relación contractual en la que las partes adquieren derechos y obligaciones recíprocos.
- 2) El vínculo jurídico entre los participantes es indiferente para los terceros, ya que el asociante obra en nombre propio sin que se establezca una relación jurídica entre los asociados y los terceros.
- 3) Sólo el asociante participa en la administración de la sociedad;
- 4) Las aportaciones de los contratantes pueden ser todos aquellos bienes que no estén excluidos del comercio con base en el artículo 747 del Código Civil Federal.
- 5) El funcionamiento del reparto de utilidades o pérdidas, la disolución y liquidación, se regirán con base en el clausulado del contrato.
- 6) Los resultados del contrato son aleatorios, ya que el asociante concede al asociado participación tanto en las utilidades como en las pérdidas de la

¹⁰⁵ CARBALLO YÁÑEZ, Erick y LARA TREVIÑO, Enrique. *Op. Cit.* Pag. 84

operación. Cabe destacar que la máxima pérdida que puede resentir el asociado es la consistente en los bienes aportados, y para el caso de que su aportación consistiera en servicios, el asociado no reportará pérdidas patrimoniales.

- 7) La ley no hace ninguna referencia a la disolución y liquidación de la asociación en participación, por lo tanto son aplicables los supuestos previstos para todas las sociedades, mismos que están contenidos en el artículo 229 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, de los cuales solo son aplicables a la asociación en participación las fracciones I, II y III.

Con base en lo anterior y atendiendo al contrato que es objeto de estudio de este trabajo, se puede decir que la asociación en participación comparte ciertas semejanzas con el contrato de *joint venture*, ya que en ambos casos, se trata de una relación contractual y no se da origen a persona moral alguna; en ambos las partes contratantes buscan el reparto de utilidades y pérdidas, y desde el momento de celebrarse el contrato, reconocen la carencia de personalidad jurídica de la "asociación".

Mas sin embargo, entre estas dos figuras existen diferencias que hacen imposible la tesis de absorción del contrato de *joint venture* por el contrato de asociación en participación.

Las principales diferencias que encontramos entre éstas dos figuras son las siguientes:

- a) En primer lugar, podemos ver que la asociación en participación es un contrato típico, mientras que el *joint venture* es un contrato atípico;

- b) La asociación en participación sólo implica la aportación de bienes o servicios de una persona a otra que ejecuta su actividad sin intervención del asociado, haciéndolo únicamente partícipe en las ganancias y pérdidas de la negociación mercantil o de uno o varios actos de comercio, mientras que en el *joint venture* la aportación de recursos y esfuerzos es conjunto, afectándolos entre sí, y por lo tanto es más grande la aportación en la primera;
- c) La administración en el contrato de *joint venture* es conjunta, semejándose a un derecho societario, ya que ambas partes forman parte de la administración, control y vigilancia común, ya que la regla de éste contrato es la igualdad en el control y dirección conjuntos, aunque ello no obsta para que se deleguen las facultades administrativas en alguno de los partícipes en el contrato, lo cual puede suceder en el momento mismo de su celebración o, a través de un acuerdo posterior; cuando dicha hipótesis no se ha previsto en el contrato, la pauta aplicable es la de prohibir la delegación de la administración, la cual se mantendrá concurrente entre todos los participantes, mientras que en la asociación en participación la administración es exclusiva del asociante, quien se encarga de manejar y dirigir el negocio, y por lo mismo adquiere una responsabilidad ilimitada por los negocios que efectúe, haciendo partícipe al asociado únicamente de las utilidades sin que este último tenga derecho a participar en la dirección o realización de la negociación mercantil¹⁰⁶.
- d) Otra diferencia importante entre éstas dos figuras es que dentro del contrato de *joint venture* se especifican y delimitan los objetivos que se persiguen al momento de celebrarlo, sin importar si estas finalidades

¹⁰⁶ ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Angel. *Op. Cit.* Pag. 448

están o no contenidas dentro del objeto social de cada una de las partes, mientras que en la asociación en participación, si el asociante es una sociedad, ésta no modifica su objeto social por la celebración del contrato.

Atendiendo lo anterior se puede decir que el contrato de asociación en participación y el de *joint venture* son contratos asociativos, pero que funcionan de manera diferente, por lo que el contrato de *joint venture* no se puede encuadrar dentro de la asociación en participación.

Al respecto el maestro Aníbal Sierralta Ríos, dice lo siguiente respecto al contrato de *joint venture*: "otros lo asimilan a la figura de la asociación en participación o cuentas en participación. Lo cual no deja de ser una equivocación pues en la asociación o cuentas en participación el asociado aporta bienes o servicios para que el asociante actúe en nombre propio; en cambio, en el *joint venture* los participantes actúan abiertamente en la operación. En la asociación o cuentas en participación hay participantes ocultos, lo que no sucede con el *joint venture*, donde no se busca el carácter oculto de los participantes, sino lo contrario. Finalmente la asociación está considerada como una sociedad particular y el *joint venture* es contractual, por esencia, siendo la formación de una compañía o sociedad una consecuencia"¹⁰⁷.

3.2. Contrato de transferencia de tecnología.

El contrato de transferencia de tecnología es otra figura que algunos consideran semejante al contrato de *joint venture* en virtud de que en algunas ocasiones los fines del *joint venture* van encaminados a conseguir nuevas tecnologías, mas sin

¹⁰⁷ SIERRALTA RÍOS, Aníbal. *Op. Cit.* Pag. 59

embargo, con base en el estudio que se ha hecho de este contrato, se desprende que el contrato de transferencia de tecnología solo es un contrato accesorio al primero.

El avance tecnológico que se ha logrado a través del tiempo poco a poco ha sido regulado por el Derecho, bien sea para obtener la tutela necesaria de los conocimientos recientes que en determinado momento podrían ser objeto de apoderamiento en contra de la voluntad de su descubridor, o bien, para regular la forma y términos en que pueden cederse u otorgarse las licencias sobre los derechos correspondientes ya sean en forma parcial o total; de la prestación de los servicios de asesoría técnica (*know how*) o también de las marcas o signos distintivos de los productos o servicios que están comprendidos dentro de estos, incluida en el campo de propiedad industrial.

En la legislación mexicana, el contrato de transferencia de tecnología se encuentra someramente regulado en la Ley de Propiedad Industrial y su Reglamento y, en el ámbito internacional, se encuentra regulado en el Convenio de París para la Protección de la Propiedad industrial celebrado en 1967 y ratificado por México según se desprende del Diario Oficial de la Federación del 5 de marzo y 26 de julio, ambos de 1976.

En los países de primer nivel, la fuente de subvención para la investigación tecnológica y la creación de nuevos proyectos procede de los gobiernos, de las universidades y de grandes grupos financieros y empresarios; mientras que en países subdesarrollados como es el caso de México, y tomando en cuenta las condiciones económicas en las que se encuentra, es poco probable que se pueda aplicar el presupuesto necesario para desarrollar una tecnología propia, por lo tanto un medio por el cual se puede obtener tecnología es a través de

coinversiones, logrando también introducir tecnología de vanguardia por parte de las empresas extranjeras que invierten en nuestro país, bien sea que se asocien con empresas locales o que actúen de manera independiente.

Una ventaja más del contrato de transferencia de tecnología es que en caso de funcionar como un contrato satélite del *joint venture* al incorporar la nueva tecnología a los procesos de producción aunado a las aportaciones, pueden reducirse los riesgos de sufrir contratiempos y pérdidas en el negocio común.

Algunas definiciones que se han hecho del contrato de transferencia de tecnología son las siguientes:

El licenciado Arturo Díaz Bravo dice que “con la expresión transferencia de tecnología se denotan, en la práctica mexicana, todos los contratos en virtud de los cuales se transmite el uso o se autoriza la explotación de marcas, patentes, modelos, diseños industriales, nombres comerciales, se suministran conocimientos técnicos, se provee ingeniería para la construcción de instalaciones industriales o para la fabricación de productos, o bien se presta asistencia técnica...”, y expone como concepto el siguiente: “una de las partes se obliga a transmitir a la otra el derecho de explotar uno o más elementos de la propiedad industrial o bien de prestarle servicios de auxilio técnico o de operación administrativa”¹⁰⁸.

La maestra Patricia Hernández Esparza dice que el contrato de transferencia de tecnología es “aquél por el cual, una parte llamada transmisora de la tecnología

¹⁰⁸ DIAZ BRAVO, Arturo. “*Contratos mercantiles*”. 7ª. edición, Editorial Oxford University Press, México, 2002. Pag. 279

o asistencia técnica, aporta conocimientos y elementos materiales de carácter técnico y la otra parte, receptora, da a cambio una remuneración”¹⁰⁹.

El jurista mexicano Jaime Álvarez Soberanis dice que es “...el acuerdo de voluntades por medio del cual una de las partes, llamada proveedor transmite a otra que se denomina receptora un conjunto de conocimientos organizados para la producción industrial”¹¹⁰.

Algunas de las cláusulas más comunes que tienen estos contratos son las siguientes:

- a) La cláusula de publicidad adecuada, en la que el receptor debe ceñir sus letreros y su publicidad a la aprobación preliminar del transmisor, a pesar de que los gastos son a cargo del primero.
- b) El intercambio obligatorio de las mejoras en la tecnología, en donde los contratantes acuerdan ofrecerse y otorgarse licencias correlativas sobre las mejoras y perfeccionamiento que realicen en la tecnología contratada.
- c) Pacto de confidencialidad, en donde el receptor se obliga a no revelar los conocimientos que el transmisor le otorga en virtud del contrato, sino únicamente aquellos que deben conocer de ellos en atención a las actividades que realizan bajo las órdenes del propio receptor, quien además deberá celebrar con dichas personas un pacto de la misma naturaleza confidencial.

¹⁰⁹ HERNÁNDEZ ESPARZA, Patricia. “El Contrato de Asistencia Técnica”, México, 1960, pag. 96. Citada por Arturo Díaz Bravo. *Op. Cit.* Pag. 180

¹¹⁰ “La regulación de las inversiones y marcas y de la transferencia de tecnología”, México, 1979. Pag. 247. Citado por Arturo Díaz Bravo. *Idem*

- d) Cláusula de no responsabilidad del proveedor frente a terceros, en donde cualquier acción que se intente por dichos terceros en contra de la validez de la tecnología aportada, deberá ser impugnada por el receptor, quien también estará de acuerdo en que los pactos celebrados con el proveedor serán válidos y exigibles cualquiera que sea el desenlace de la acción intentada por el citado tercero y, además exime a dicho proveedor de cualquier responsabilidad por la explotación y uso de los conocimientos técnicos revelados.
- e) La incedibilidad, ya que el transmisor se basó para contratar en las características particulares de dicho receptor, es decir se trata de un contrato *intuitu personae*. La prohibición de ceder los derechos del receptor, en ocasiones se ve ampliada a diversas hipótesis en las que se presume que existe una especie de cesión, tales como la enajenación de la mayoría de la tenencia accionaria en que se divide el capital social del receptor, la fusión con otra u otras sociedades, sin importar que sea el fusionante, la enajenación de una parte importante de sus activos, etc.
- f) Cláusula de regalía (*Royalty clause*); el pacto sobre el pago se manifiesta de diversas formas, sin embargo la manera más común es que se acuerde un determinado porcentaje sobre el producto neto de las ventas; algunas veces es sobre el costo de cada unidad producida e incluso se puede pactar que los porcentajes sean crecientes o decrecientes con el tiempo.
- g) Los gastos de viaje de los técnicos de ambas partes para indicar, adiestrar o instruir, en caso del transmisor y, para aprender, estudiar o adiestrarse, en el caso del receptor, corren a cargo de este último.

Atendiendo a lo anterior y con base en lo que a lo largo de esta investigación se ha estudiado del contrato de *joint venture*, se puede apreciar que ambos contratos tienen cierta semejanza en su objetivo, ya que a través de ellos se busca tener un avance tecnológico con base en la participación de dos o más personas en virtud de que cada una de ellas aporta elementos diferentes, y por ejemplo, cuando estamos hablando de contratos a nivel internacional en los que participan empresas de países desarrollados y empresas de países en vías de desarrollo como el nuestro en donde no se tiene el avance y desarrollo tecnológico suficiente, son de gran utilidad estos contratos para contribuir a un desarrollo sostenido de la economía nacional. Sin embargo, a pesar de que el objetivo de estos dos contratos puede ser similar, en el contrato *joint venture* la transferencia de tecnología tan sólo es una parte de las obligaciones y los fines que pretenden alcanzar los contratantes al celebrar este contrato, además de que el contrato de transferencia de tecnología puede ser en ocasiones un contrato accesorio o satélite como se hizo mención en el capítulo anterior al contrato principal que es el de *joint venture*.

3.3 Concentración de sociedades.

Se puede decir que la concentración de sociedades es el acto por el cual se agrupan generalmente más de dos sociedades con un fin específico sin perder su personalidad jurídica propia.

Es necesario señalar que las sociedades que adquieran el control o celebren cualquier acto por el cual se concentren sociedades, asociaciones, acciones, partes sociales (como sería el caso de una o más sociedades de responsabilidad

limitada), fideicomisos o activos en general (artículo 16 de la Ley Federal de Competencia Económica), en concurrencia de una de las condiciones contempladas en el artículo 20 del mismo ordenamiento legal, deberá solicitar autorización a la Comisión Federal de Competencia, mediante notificación por escrito que cumpla con los requisitos del artículo 21 de la citada ley.

Enfocando lo anterior con el contrato de *joint venture*, la solicitud a la Comisión Federal de Competencia solo es necesaria en el llamado *joint venture corporation*, ya que al celebrarlo se está en el supuesto del artículo 16 de la citada ley, ya que puede implicar una adquisición de control (cuando las decisiones de un solo tenedor son adoptadas por tener mayoría) o más frecuentemente, un acto (la constitución de una sociedad por las partes), por el que concentran sociedades (más de dos sociedades), asociaciones (más de dos), partes sociales (en caso de que alguna o las dos partes sean sociedades de responsabilidad limitada), acciones (como puede ser el caso de la adquisición de control), fideicomisos (en caso de que se afectaran en fideicomiso los activos sobre los que va a recaer la empresa conjunta) o activos en general (como podría ser marcas, tecnología, instalaciones productivas, etcétera) entre competidores, proveedores, clientes o agentes económicos y dependiendo del monto de la operación o de las ventas o capital social de las mismas, estas operaciones requerirán de la mencionada autorización.

Cuando se concentren sociedades, es necesario tomar en cuenta los términos que se convengan en las mismas, ya que pueden tener efectos anticompetitivos, si en la concentración o en su ejecución se incurre en alguna de las conductas prohibidas por la Ley Federal de Competencia Económica, como sería el reparto de mercados, o fijación de precios entre otros (artículos 9 y 10 de la citada ley), con la finalidad de desplazar o impedir la libre competencia y libre

conurrencia, situación que daría lugar a las sanciones contempladas y a la nulidad del contrato, ya que su contenido queda expresamente prohibido por dicha ley.

Algunas formas de concentración de sociedades son los consorcios de exportación, las sociedades de responsabilidad limitada de interés público, el cártel, entre otras.

3.3.1 Consorcios de exportación.

Los consorcios de exportación son un tipo particular dentro de las agrupaciones de exportadores. Se puede decir que son agrupaciones de productores o fabricantes de una misma línea de productos o complementarios que compitiendo en el mercado interno, se unen para concretar exportaciones. El objetivo principal de las empresas que deciden participar en un consorcio de exportación (Cexen) es el de desarrollar sus mercados de exportación a partir de un mercado interior común, al tiempo que adquieren los conocimientos y habilidades necesarios para llegar a ser capaces de seguir exportando de manera individual y autónoma el día en que pudieran abandonar el consorcio, o que el mismo pudiera disolverse. Los consorcios de exportación tiene un número limitado de asociados, normalmente entre 3 y 7, que son fabricantes de productos y/o servicios diferenciados; no tienen una duración definida o limitada, ni un plazo en el tiempo, ni tampoco tienen un objeto específico para realizar. Las empresas que se asocian a través de éstos consorcios tienen aproximadamente la misma importancia y aceptan un grado relativamente alto de compromiso económico y comercial. Los consorcios de exportación deben ser capaces de diseñar una estrategia comercial conjunta para el desarrollo del equipo de la actividad exportadora, pero conservando un alto grado de

interdependencia entre los socios en el campo concreto de su gestión empresarial¹¹¹.

Los consorcios de exportación pueden configurarse de múltiples maneras, ya sea a través de una sociedad mercantil o de un contrato entre los participantes, pero tiene como característica que cada una de las partes que en él participan conserva su personalidad jurídica y persiguen un fin común transitorio, más sin embargo, debido a la vinculación tan estrecha entre los miembros del consorcio, es recomendable que adopten alguna forma con personalidad jurídica como puede ser una sociedad anónima o una sociedad de responsabilidad limitada. El consorcio también puede carecer de personalidad jurídica, en cuyo supuesto se asemejaría a la asociación en participación, o bien, puede estar dotado de ella en el caso de que los participantes decidieran agruparse para formar una sociedad mercantil. Un ejemplo de este último tipo de agrupación de sociedades es el Consorcio Minero Benito Juárez Peña Colorada, S.A. que está constituido por empresas siderúrgicas paraestatales y privadas con el objeto de explotar los yacimientos de hierro de Peña Colorada, Colima, cuyo agotamiento determinará la disolución y liquidación del consorcio.

Algunas de las ventajas que se obtienen con la conformación de consorcios de exportación son las siguientes:

- a) Obtener una mayor eficacia operativa de los integrantes del consorcio;

¹¹¹ RENART, Luis. "Consortios de exportación enfocados: su diseño y puesta en práctica, documento de investigación del Instituto de Estudios Superiores de la Empresa (IESE)", Barcelona, España. Autor citado por GINEBRA SERRABOU, Xavier. "Alianzas estratégicas o Joint Ventures", Op. Cit.. Pag. 6

- b) Reducción de los costos unitarios de producción como consecuencia del aumento de la demanda y/o la especialización, lo que permite mejorar la situación competitiva, y
- c) Aumento del margen de beneficios (debido a la reducción de costos unitarios y a la mayor penetrabilidad en los mercados por el ofrecimiento de mejores precios).

Los consorcios de exportación se asemejan al contrato de *joint venture* en virtud de que en ninguno de ellos es necesaria la creación de un nuevo ente jurídico, pero la diferencia radica que en los consorcios de exportación las partes son agrupaciones de productores de un mismo país, y se unen con la intención de lograr concertar exportaciones a costos más bajos y con los beneficios antes mencionados.

3.3.2 Sociedades de responsabilidad limitada de interés público.

Este tipo de sociedades se encuentran reguladas en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de Interés Público, misma que fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 31 de agosto de 1934, es decir 27 días después de la Ley General de Sociedades Mercantiles, pero surge la duda respecto a si este tipo de sociedades se consideran mercantiles por su forma, ya que es visible el propósito del legislador de no incluirlas dentro de este último ordenamiento, sin embargo, atendiendo a lo que establece el artículo 5 de la Ley de sociedades de responsabilidad limitada de interés público, se puede observar que la misma remite a las disposiciones generales contenidas en la Ley General de Sociedades Mercantiles y a las especiales relativas a las sociedades de responsabilidad limitada para todo aquello que no se encuentre previsto en ella, lo que hace

pensar, como lo dice el maestro Barrera Graf¹¹², que se trata de un subtipo o modalidad de las sociedades de responsabilidad limitada, y por consiguiente, se trata de sociedades mercantiles.

Dentro de la citada ley no se encuentra contemplada ninguna definición expresa de este tipo de sociedades, pero da a entender que se trata de un subtipo de las sociedades limitadas, cuyas finalidades deben orientarse a satisfacer el interés público y particular conjuntamente.

El maestro Mantilla Molina dice que éste tipo de sociedades sirven para encauzar las actividades de los particulares del modo previsto en los planes económicos formulados expresa o implícitamente por el Estado y de manera que facultan y auxilian a la realización de los fines de éste¹¹³.

Este tipo de sociedades se constituyen por productores de una misma rama de la industria con el fin de facilitar la colocación de sus productos, regularizar su distribución, fijar normas de calidad, etc., de tal forma que los intereses de cada uno armonicen con los de la colectividad.

Hay autores que encuentran semejanza entre las sociedades de responsabilidad limitada de interés público y el *konzern* del derecho germánico, ya que sostienen que sus fines, entre otros son:

¹¹² Barrera Graf. Autor citado por GARCÍA RENDÓN, Manuel. "Sociedades Mercantiles", 2ª edición, Editorial Oxford University Press, Colección de textos jurídicos universitarios, México, 2002. Pag. 249

¹¹³ MANTILLA MOLINA, Roberto L. "Derecho Mercantil", 35a. ed., revisada y puesta al día por Roberto Mantilla Caballero y José María Abascal Zamora, México, Editorial Porrúa, S.A., 1993. Pag. 305

- a) Evitar la competencia entre comerciantes e industriales;
- b) Establecer una política de precios uniforme;
- c) Organizar y alentar la producción de artículos necesarios para el desarrollo nacional, y
- d) Establecer empresas que por la cuantía de los recursos que demandan precisan del concurso económico de grandes corporaciones.

De las dos primeras finalidades que se señalan se podría decir que estas sociedades son formas monopolísticas de explotación económica, mismas que se encuentran prohibidas por el artículo 28 de la Constitución. Mas sin embargo, el cuarto párrafo del citado artículo establece como único caso de excepción el de las asociaciones y cooperativas que vendan oligopolísticamente sus productos en mercados extranjeros, en defensa de sus intereses o del interés general y esto a condición de que los artículos exportados no sean de primera necesidad y queden bajo la vigilancia o el amparo del Gobierno Federal o de los Estados, previa autorización que se obtenga de las legislaturas respectivas en cada caso. Debido a los riesgos que conllevan las finalidades de este tipo de sociedades, se otorgan a la Secretaría de Comercio (hoy Secretaría de Economía) facultades de intervención y control sobre la constitución, funcionamiento y liquidación de éstas, por lo que la Secretaría de Economía tendrá la facultad de calificar la correspondiente escritura constitutiva y de otorgar o negar dicha autorización, sin ser ésta una facultad discrecional de la Secretaría, en virtud de que no podrá negar la autorización si el proyecto de escritura constitutiva se apega a la ley y el objeto social es lícito y conveniente al interés general.

El maestro Manuel García Rendón¹¹⁴ señala que el *konzern* nombre con el que se le conoce en el derecho germánico, también puede formarse contractualmente, sin ser necesaria la constitución de una nueva sociedad de las tipificadas por la ley y que, en todos los casos, los integrantes del grupo conservan su personalidad jurídica.

Se puede apreciar que esta figura se diferencia del contrato de *joint venture*, en primer lugar, por que como su nombre lo indica se trata de una sociedad, por lo que se habla de un ente jurídico nuevo con personalidad jurídica propia, y en el cual intervienen personas dedicadas a una misma actividad, mientras que, cuando se habla de *joint venture*, se hace referencia a un contrato sin dar origen a una nueva sociedad, además de que en el *joint venture* puede participar cualquier persona sin importar la actividad a que se dedique y las aportaciones que haga al contrato sean de igual manera diferentes, mientras que en las sociedades de responsabilidad limitada de interés público sólo pueden participar sujetos dedicados a una misma rama de la industria como ya se había dicho.

3.3.3 El cártel.

El cártel es un agrupamiento contractual de productores de ciertas mercancías idénticas o similares¹¹⁵ que tienen el propósito de controlar la producción, distribución y precio de los mismos¹¹⁶. En este tipo de contratos, cada uno de los integrantes conserva su propia personalidad jurídica.

¹¹⁴ GARCIA RENDON, Manuel. *Op.Cit.* Pag. 516.

¹¹⁵ Se dice que un producto es idéntico a otro cuándo ambos tienen la misma forma y sustancia y que es similar cuando es intercambiable por otro de parecida forma y sustancia.

¹¹⁶ GARCIA RENDÓN, Manuel. *Op. Cit.* Pag. 517

El caso más conocido de cártel es el constituido por la Organización de Países Productores de Petróleo (OPEP).

La diferencia entre este contrato y el de *joint venture* estriba en que en este solo pueden participar sujetos dedicados a una misma rama de la industria, ya que el fin de este contrato es lograr el control de la producción, distribución y precio de los mismos productos, mientras que en el contrato de *joint venture* pueden participar toda clase de sujetos sin importar la rama de la industria a la que estén dedicados, ya que cada uno va a aportar bienes o servicios diferentes al contrato para obtener un beneficio mutuo.

3.4 El contrato de sociedad.

Cuando se habla de un *joint venture corporation*, es lógico pensar que el contrato afín para celebrarlo es alguna de las figuras contempladas en el artículo 1º. de la Ley General de Sociedades Mercantiles, es decir, cualquiera de los seis tipos previstos y que se podrían denominar "sociedad mercantil".

Además de la citada ley, existen otras leyes comerciales que regulan fenómenos e instituciones distintas a la materia corporativa o societaria y que crean tipos especiales de sociedades mercantiles¹¹⁷.

Los tipos que en la legislación mexicana están reconocidos como sociedades mercantiles son los siguientes:

¹¹⁷ BARRERA GRAF, Jorge. "Instituciones de derecho mercantil". *Generalidades. Derecho de la empresa. Sociedades*, 3ª. Reimpresión, Editorial Porrúa, S.A., México, 1999. Pag. 252

- a) Sociedad en nombre colectivo,
- b) Sociedad en comandita simple,
- c) Sociedad de responsabilidad limitada,
- d) Sociedad anónima,
- e) Sociedad en comandita por acciones,
- f) Sociedad cooperativa,
- g) Sociedades nacionales de crédito,
- h) Sociedades mutualistas de seguros,
- i) Sociedades de inversión, entre otras.

El artículo 6 de la Ley General de Sociedades Mercantiles establece los elementos comunes a todos los tipos sociales, y son:

- a) Los nombres, la nacionalidad y el domicilio de las personas que fundarán la sociedad.
- b) El objeto de la sociedad.
- c) La razón social o denominación. Para obtener estas, se debe solicitar a la Secretaría de Relaciones Exteriores un permiso para usar una determinada razón o denominación social, tal como lo establece el artículo 15 de la Ley de Inversión Extranjera.
- d) El plazo o duración.
- e) El monto del capital social.
- f) La relación de lo que cada socio aporte en numerario u otros bienes, el valor de ellos y la forma utilizada para determinar su valor. Si la modalidad adoptada es además la de capital variable, se expresará el mínimo establecido.
- g) El domicilio social.

- h) La forma de administración y las facultades del órgano de administración.
- i) El nombramiento de los administradores, así como la designación de los que ostentarán la firma social.
- j) La forma en que se hará la partición de los dividendos y las pérdidas entre los socios.
- k) La cuantía del fondo de reserva.
- l) Las hipótesis de disolución anticipada.
- m) Los principios sobre los que regirá la liquidación de la sociedad y la forma en que se elegirá al o a los liquidadores, cuando no hayan sido designados anticipadamente.

Además de estos elementos es necesario agregar la conocida "Cláusula Calvo", misma que se exige en el artículo 27 Constitucional, fracción I y en su Ley Reglamentaria, que es la Ley de Inversión Extranjera, en su artículo 15 y su Reglamento.

En términos generales, la obligación anterior consiste en que, cuando se trate de constituir una sociedad, deberá insertarse la cláusula de exclusión de extranjeros o, en caso contrario, deberá celebrarse un pacto expreso que integre a los estatutos sociales, en donde los socios extranjeros actuales o futuros, se obliguen ante la Secretaría de Relaciones Exteriores a considerarse como nacionales por lo que se refiere a las acciones o partes sociales que adquieran, así como los bienes, derechos, concesiones, participaciones o intereses que tenga reconocidos la sociedad en cuestión, así como de los derechos y obligaciones que resulten de los contratos en que sea parte la misma. Dicho convenio o pacto incluirá la renuncia expresa del extranjero a invocar la protección de su gobierno y, en caso

de hacerlo, como sanción, perderá en beneficio de "la Nación" mexicana los derechos y bienes que haya obtenido.

Hoy en día el tipo de sociedad más usado es la sociedad anónima. Dicho tipo social se forma, según el artículo 87 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, bajo una denominación, misma que se puede establecer de forma libre pero con la limitante de que debe ser diferente a cualquier otra, además de que deberá agregársele las palabras "Sociedad Anónima" o las abreviaturas "S.A."; y estará integrada solamente por socios que tienen la obligación de limitarse al pago de sus acciones.

El *joint venture* se asemeja a la sociedad anónima en que ambos se celebran a través de un contrato, más sin embargo, el primero no da origen a una persona jurídica nueva y con una personalidad jurídica diferente a la de las partes; se forma por la concurrencia de dos o más personas físicas o morales y cuya duración, en ocasiones, queda sujeta al logro del fin por el que se celebró; de igual manera, en el contrato de *joint venture*, las partes se obligan a combinar recursos, esfuerzos, activos, recursos intelectuales y administrativos para realizar una especulación comercial única o restringida. Una diferencia más entre estas dos figuras está en las aportaciones, ya que en la sociedad anónima, estas se transmiten a título de propiedad, y conforman el capital social de la sociedad salvo pacto en contrario, mientras que en el contrato de *joint venture*, las partes pueden y deberán decidir el régimen de propiedad sobre los bienes, derechos y demás aportes, pudiendo entregarlos en propiedad, administración, o incluso copropiedad, pero por no tratarse de una persona moral ni ser el deseo de las partes conformar una, pueden limitar las pérdidas, pactando incluso el reporte de éstas solo a una de ellas.

Los requisitos para constituir una sociedad anónima, además de los contenidos en el artículo 6 de la citada ley, son los siguientes (artículo 89):

- a) La existencia de dos socios como mínimo, mismos que deben suscribir al menos una acción.
- b) El capital social mínimo es la cantidad de \$50,000.00, el cual debe estar suscrito íntegramente.
- c) En caso de que la aportación sea en numerario, debe exhibirse, como mínimo, el 20% en efectivo del valor de cada acción que sea pagada.
- d) Cuando las aportaciones sean con recursos distintos al dinero, se deberá exhibir en forma total el valor de cada acción que haya de cubrirse.

Además el artículo 91 de la ley en comento, señala otros elementos como característicos de la sociedad anónima.

Últimamente se ha visto que las sociedades de responsabilidad limitada han tenido gran auge dentro de nuestro país, cuando se emprende un negocio entre socios extranjeros y nacionales.

El capítulo IV de la Ley General de Sociedades Mercantiles regula este tipo de sociedades. Hay dos notas esenciales que caracterizan a este tipo de sociedades; una es que todos los socios responden de las obligaciones sociales, sólo que de un modo limitado, y la otra que el conjunto de derechos de cada socio constituye una parte social y no una acción¹¹⁸.

¹¹⁸ MANTILLA MOLINA, Roberto. "Derecho Mercantil", 21ª. edición, Editorial Porrúa, S.A., México. Pag. 271

Resulta muy sencillo constituir una sociedad de responsabilidad limitada, ya que sus principales características, además de las que señala el maestro Mantilla Molina, son:

- a) Existe a través de una denominación o bien a través de una razón social, misma que va seguida de las palabras "Sociedad de Responsabilidad Limitada" o su abreviatura "S. de R.L."; en caso de que esto no se estipule, los socios serán responsables ilimitadamente, al igual que en las sociedades colectivas.
- b) Cualquier tercero que permita la inclusión de su nombre en la razón social, será responsable de las operaciones sociales hasta por el valor de la aportación mayor.
- c) El número máximo de socios es de 50.
- d) El capital social mínimo señala la ley que es de tres millones de pesos, lo que actualmente sería tres mil pesos (por la eliminación de los tres ceros).
- e) Este tipo social no puede constituirse a través de suscripción pública, esto debido al carácter personal de la figura, es decir, entre los socios rige el rasgo distintivo de ser *intuitu personae*.

Este es el tipo de sociedad dentro del derecho mexicano que más se asemejaría al *joint venture* en virtud de que los socios hacen aportaciones y sólo responden hasta por el importe de las mismas, y también tienen el derecho de participar en la administración de la sociedad .

3.5 Fusión.

La fusión es una forma de integración externa de empresas que se caracteriza por la adquisición de nuevos o ya existentes procesos de producción o de

distribución de mercancías y no por su creación interna. Cuando la integración externa implica la desaparición necesaria de la empresa cuyos procesos se adquieren, se habla de adquisición de objeto y de empresa, o sea de fusión¹¹⁹.

El maestro Oscar Vásquez del Mercado dice lo siguiente: “por fusión debe entenderse la reunión de dos o más patrimonios sociales, cuyos titulares desaparecen para dar nacimiento a uno nuevo o cuando sobrevive un titular este absorbe el patrimonio de todos y cada uno de los demás. En ambos casos el ente está conformado por los mismos socios que constituían los entes anteriores y aquéllos en su caso, reciben nuevos títulos en sustitución de los que poseían o se les reconoce la parte social correspondiente.”¹²⁰

La fusión de sociedades no constituye una forma de concentración de sociedades en virtud de que al menos una o varias de las partes involucradas en ella (las fusionadas), necesariamente desaparecen, por lo que en la fusión, se reúnen en una sola persona jurídica (la fusionante), los fines y los patrimonios de las fusionadas, situación que no se presenta en las concentraciones.

El maestro Mantilla Molina da el siguiente concepto de fusión: “Un caso especial de la disolución de las sociedades lo constituye la fusión, mediante la cual una sociedad se extingue por la transmisión total de su patrimonio a otra sociedad preexistente, o que se constituye con las aportaciones de los patrimonios de dos o más sociedades que en ella se fusionan. En el primer caso, se habla de incorporación de la sociedad que desaparece en la que subsiste, o de absorción

¹¹⁹ GARCÍA RENDÓN, Manuel. *Op. Cít.* Pag. 517

¹²⁰ VÁSQUEZ DEL MERCADO, Oscar. “*Asambleas, fusión y liquidación de sociedades mercantiles*”, 14ª. ed., Editorial Porrúa, S.A., México, 2002. Pag. 300

en ésta de aquélla; en el segundo, de fusión pura de varias sociedades, que se extinguen para crear una nueva”¹²¹.

“Económicamente la fusión supone la reunión de varias empresas bajo una sola voluntad, de tal modo que comprende fenómenos mucho más amplios que los que supone el mismo concepto entendido desde el punto de vista jurídico, ... la fusión desde el punto de vista jurídico, consiste en la unión jurídica de varias organizaciones sociales que se compenetran recíprocamente para que una organización jurídicamente unitaria, sustituya a una pluralidad de organizaciones.”¹²²

Se puede decir que la fusión es un acto jurídico mediante el cual se unen los patrimonios de dos o más sociedades con el fin de formar una sola, y cuyos titulares desaparecen o en algunos casos, uno de ellos sobrevive, de tal forma que le da paso a la fusionante o a la que subsista, por haber absorbido la totalidad del patrimonio de la sociedad que desaparece.

El maestro Vázquez del Mercado¹²³ considera que la fusión es una figura contractual, en la que se distinguen dos momentos: Por un lado el acuerdo de la Asamblea General de cada sociedad que propone su fusión; y por otro lado, el acto de fusión por los representantes legales de las sociedades participantes.

El llamado *joint venture corporation* guarda aparentemente, cierta similitud con la fusión de sociedades mercantiles, ya que el primero parece ser una fusión en

¹²¹ MANTILLA MOLINA, Roberto L. *Op. Cit.* Pag. 442

¹²² RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín. *“Tratado de sociedades mercantiles”* Tomo II, 29 ed., Editorial Porrúa, México, 2002. Pag. 507

¹²³ Vázquez del Mercado, autor citado por GOMEZ COTERO, José de Jesús, *“Fusión y escisión de sociedades mercantiles”*, Editorial Themis, México, 1999, pag. 2-18

virtud de que existe una afectación parcial de los activos de las partes sin que se extingan a una tercera entidad que las liga y que actúa con personalidad jurídica propia.

Es necesario aclarar que en la Ley General de Sociedades Mercantiles sólo se encuentra regulada la fusión total, es decir, no existe la posibilidad de afectar por medio de fusión sólo parte de los activos, pasivos y capital social, ni tampoco se encuentra contemplada la subsistencia de las fusionadas. Al respecto el artículo 224 de la ley en comento, establece que la sociedad que subsista o que resulte de la fusión tendrá a su cargo todos los derechos y obligaciones de las sociedades que se extinguen.

Tanto en la Ley General de Sociedades Mercantiles como en la doctrina mexicana¹²⁴, atendiendo a lo que establece el último párrafo del artículo 224 de la citada ley, en el que se alude a la sociedad que subsista y a la sociedad que resulte de la fusión, se desprende que existen dos clases de fusión:

- a) Fusión por integración y
- b) Fusión por incorporación.

La fusión por integración supone la creación previa de una sociedad, que es la fusionante, a la que se transmitirá la totalidad de los bienes, derechos y obligaciones de las sociedades fusionadas.

¹²⁴ Cfr. GARCÍA RENDÓN, Manuel, *Op. Cit.* Pag. 518; MANTILLA MOLINA, Roberto, *Op. Cit.*, pag. 455; VÁSQUEZ DEL MERCADO, Oscar. *Op. Cit.* pag. 297

La fusión por incorporación siempre supone la preexistencia de una sociedad, la fusionante, a la que las sociedades que se extinguen, las fusionadas, transmiten la totalidad de sus patrimonios y obligaciones.

3.6 Escisión.

El maestro Manuel García Rendón da el siguiente concepto de escisión: “Como su nombre lo indica, la escisión es un acto jurídico exactamente opuesto a la fusión, pues implica la desintegración de la empresa y, eventualmente, la extinción de la sociedad, mediante la transmisión total o parcial de los elementos que constituyen su activo o pasivo, a otra u otras sociedades nuevas o preexistentes¹²⁵.

Por otro lado, el maestro Oscar Vásquez del Mercado, dice que la escisión se da cuando una sociedad denominada escidente decide extinguirse y divide la totalidad o parte de su activo, pasivo y capital social en dos o más partes, que son aportadas en bloque a otras sociedades de nueva creación denominadas escindidas; o cuando la escidente, sin extinguirse, aporta en bloque parte de su activo, pasivo y capital social a otra u otras de nueva creación.¹²⁶

Por lo que respecta a la legislación mexicana, la escisión de sociedades se define tanto en la Ley General de Sociedades Mercantiles en su artículo 228 bis como en el Código Fiscal de la Federación en su artículo 15-A.

La Ley General de Sociedades Mercantiles en su artículo 228 bis, establece que se da la escisión cuando una sociedad denominada escinente decide extinguirse

¹²⁵ GARCÍA RENDÓN, Manuel. *Op. Cit.*, pag. 540.

¹²⁶ VÁSQUEZ DEL MERCADO, Oscar. *Op. Cit.* Pag. 449

y divide la totalidad o parte de su activo, pasivo y capital social en dos o más partes, que son aportadas en bloque a otras sociedades de nueva creación denominadas escindidas; o cuando la escidente, sin extinguirse, aporta en bloque parte de su activo, pasivo y capital social a otra u otras sociedades de nueva creación.

Por otro lado, el artículo 15-A del Código Fiscal de la Federación, sustancialmente con el mismo contenido que el de la Ley General de Sociedades Mercantiles, limita la calificación de escisión, a la efectuada entre escidentes y escindidas que sean residentes en el país, dándole efectos fiscales a esta figura, cuando se reúnen las condiciones del artículo 14-B del mismo Código.

Existen cuatro tipos de escisión:

- a) La escisión total, que es aquella por la que una sociedad, llamada escindida, se extingue mediante la transmisión de la totalidad de sus bienes y obligaciones a dos o más sociedades llamadas beneficiarias, preexistentes o de nueva creación.
- b) La escisión parcial, que es aquella por la que una sociedad llamada escindida que subsiste, transmite parte de sus bienes y, eventualmente, parte de sus deudas a otra u otras sociedades llamadas beneficiarias, preexistentes o de nueva creación.
- c) La escisión por integración, que es aquella que tiene lugar cuando los bienes y obligaciones de la escindida se transmiten a una o varias

sociedades beneficiarias de nueva creación, cuyos socios pueden ser los mismos socios de la escindida o personas extrañas a ella, y

- d) La escisión por incorporación o por absorción, que es aquella que se verifica cuando los bienes y obligaciones de la escindida se transmiten a una o varias sociedades beneficiarias preexistentes, cuyos socios también pueden ser los mismos o personas extrañas a la sociedad escindida.

De todas estas formas de escisión, la escisión parcial es la que tiene más semejanza con el contrato de *joint venture*, ya que en ambos casos, las anteriores no se extinguen ni transmiten la totalidad de su patrimonio, sino que subsisten y sólo aportan una parte del mismo.

Tanto en el contrato de *joint venture* como en la escisión parcial, los activos, pasivos y capital social aportado a la resultante, conforman los únicos fondos o recursos con los que cuenta para realizar su objetivo, sin que se extingan las aportantes.

La diferencia principal entre estas dos figuras radica en que en el contrato de *joint venture*, hay una ausencia de personalidad en la misma, por tratarse de voluntad y así convenirle a las partes, mientras que en la escisión, sí se crea una nueva persona moral (escidente), que sucede en la titularidad de los derechos y obligaciones de la escindida, hasta por la parte aportada en bloque.

CAPÍTULO CUARTO.

PROPUESTA DE REGULACIÓN JURÍDICA DEL CONTRATO DE *JOINT VENTURE* EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO.

El entorno internacional, los acuerdos de libre comercio, la eliminación de las barreras arancelarias entre los países, el avance tecnológico y en general la integración de todos los países en un mercado globalizado propician y exigen de manera creciente la integración de las empresas para que puedan enfrentarse al nuevo entorno mundial; aunado a todo esto, también surge la necesidad de buscar nuevas formas jurídicas a través de las cuales se puedan regular todas estas nuevas figuras sin entorpecer su evolución.

La celebración cada vez más frecuente de contratos de *joint venture* en los que participan comerciantes tanto nacionales como extranjeros, hace necesaria la inclusión de esta figura jurídica dentro de la legislación mexicana, en la que aún no se ha tomado en cuenta esta nueva vía a través de la cual los comerciantes, tanto personas físicas como personas morales, pueden combinar parcialmente los recursos con los que cuentan así como los esfuerzos, conocimientos experiencias comerciales, tecnología, para alcanzar ciertos fines lucrativos sin necesidad de constituir sociedad alguna de las reguladas por nuestra legislación o cualquier figura asociativa, en virtud de que éstas no responden a las necesidades del comercio en virtud de su constante evolución.

Es importante destacar que se pretende incluir esta nueva figura al derecho nacional otorgándole un carácter meramente contractual sin dar origen a una sociedad, ya que la creación de éstas puede ser por medio de otras figuras jurídicas.

Los principales puntos a tratar dentro de esta propuesta son la ubicación del contrato, su denominación, su concepto y naturaleza jurídica, la formalidad, lo relativo a las aportaciones, su administración y operación, los derechos y obligaciones de las partes, su situación jurídica frente a terceros y sus formas de terminación.

En primer lugar, es importante determinar dentro de qué legislación se va a encontrar regulado el contrato de *joint venture*, ya que como se ha visto a lo largo de esta investigación, se trata de un contrato mercantil en el que intervienen dos o más personas, físicas o morales, nacionales o extranjeras con el fin de lograr un proyecto específico sin dar origen a una nueva persona jurídica, por lo tanto, estamos en presencia de un contrato mercantil de carácter asociativo, y en virtud de que dentro de la Ley General de Sociedades Mercantiles ya se encuentra regulado un contrato de este tipo, como es el caso de la asociación en participación, sería conveniente que el contrato de *joint venture* también se encontrara regulado en dicha ley, y que ambos se ubicaran dentro de un capítulo denominado "Contratos Asociativos", de tal forma que en la Ley General de Sociedades Mercantiles quedarían reguladas ambas formas de asociación mercantil, tanto aquellas que dan origen a una nueva persona jurídica como las que no constituyen un nuevo sujeto de derecho.

Ubicándonos en los puntos principales que se pretenden regular en esta propuesta, comenzaré con el relativo a la denominación y el concepto.

Dentro del capítulo segundo de este trabajo se hizo referencia al origen y evolución del contrato de *joint venture*, y además se habló acerca de su definición tanto gramatical como doctrinal. De dicho capítulo se desprende que el término *joint venture* tiene su origen en el *common law*, por lo que su traducción al español sería complicado unificarla en virtud de las diversas acepciones que se podrían aplicar al significado de cada palabra, situación que podemos comprobar en el caso de los países latinoamericanos, en donde a este contrato se le dan diferentes nombres, por ejemplo en Argentina el contrato de *joint venture* se puede encuadrar dentro de las llamadas “agrupaciones de colaboración” o “uniones transitorias de empresas”; tanto en Bolivia como en Perú, se conoce con el nombre de “Contrato de Riesgo Compartido”; en Cuba se le da el nombre de “asociaciones económicas que no crean una persona jurídica”. En virtud de lo anterior la propuesta es denominar este contrato en la ley como “Contrato de riesgo compartido”, ya que considero que es el término más cercano en su traducción al de *joint venture*, y no desvirtúa el significado de dicho término legal, además de que es importante identificar a los contratos con nombres en español, con el fin de que todos puedan comprenderlos y conocerlos, por lo que a partir de aquí usaremos el término “Contrato de riesgo compartido” al hablar de contratos de *joint venture*.

Ya se ha dicho que en un contrato de riesgo compartido puede participar cualquier persona, ya sea física o moral, nacional o internacional, y no es necesario que las partes contratantes pidan algún tipo de autorización antes de celebrar el contrato o bien que se les exija una calidad en especial, lo que facilita y agiliza la celebración de estos contratos; lo que buscan las partes al celebrar estos contratos es combinar recursos y esfuerzos para lograr un objetivo, a

través de aportaciones que van a estar limitadas al mismo; por lo que respecta al riesgo, este será compartido e irá en proporción a las aportaciones.

Con base en lo anterior el primer artículo que regulará el contrato de riesgo compartido incluirá su concepto legal en los siguientes términos:

“ El contrato de riesgo compartido es un acuerdo de voluntades en donde dos o más personas, ya sean físicas o morales, nacionales o extranjeras, se obligan a aportar cada una de ellas, una serie de recursos y conocimientos con el propósito de lograr un objeto específico, participando de manera proporcional a sus aportaciones tanto en la administración como en las ganancias y pérdidas que se tengan sin perder su autonomía jurídica y operativa.”

Por lo que respecta a la formalidad del contrato, es importante que esta quede claramente determinada con el fin de dar mayor seguridad jurídica a las partes contratantes al momento de celebrar este tipo de acuerdos, debido a la complejidad de las obligaciones que se establecen en él y los montos que llegan a importar, por lo que la manifestación de voluntad será expresa y quedará plasmada en un documento privado en donde se identificará claramente la intención de celebrarlo y que contendrá los elementos y condiciones generales del mismo, como son el objeto específico, el plazo, la administración, la distribución de resultados, la responsabilidad de cada una de las partes y la forma de terminación del contrato.

Con base en lo anterior, la siguiente disposición regulará la formalidad del contrato de riesgo compartido y quedaría como sigue:

“ El contrato de riesgo compartido deberá constar por escrito y contendrá el objeto, duración, aportaciones, administración, derechos y obligaciones de las partes, distribución de ganancias y pérdidas y la disolución y liquidación del contrato.”

El siguiente punto a tratar es lo relativo a las aportaciones de las partes, y al respecto, se ha dicho que las aportaciones de las partes constituyen un fondo común del contrato, sin formar parte del patrimonio de ninguna de las partes contratantes, por lo que la titularidad de estas las conservan los contratantes, pero en caso de que se tuviera la intención de dar publicidad a este contrato ante terceros, sería conveniente que las partes convinieran, como sucede en el contrato de asociación en participación, transferir el usufructo de dichos bienes a una de las partes, destacando que a pesar de eso las partes conservarán sus facultades de administración conjunta y por lo tanto ambos serán responsables de manera solidaria con el fondo operativo.

Atendiendo a lo anterior, el siguiente artículo quedaría de la siguiente manera:

“ Las aportaciones de las partes integrarán el fondo común operativo del contrato, por lo que todas ellas tendrán derecho al usufructo del mismo, salvo pacto en contrario, y por lo tanto también serán responsables de manera solidaria en los actos que se realicen para alcanzar el objeto específico del mismo.”

En virtud de que no existe al celebrar este contrato un sujeto de derecho al que se le puedan imputar derechos y obligaciones, las partes adquieren responsabilidad solidaria al momento de celebrarlo, y la facultad de participar de manera conjunta tanto en el manejo y desarrollo del contrato como en la

distribución de resultados, ya sea que se trate de ganancias o pérdidas; generalmente ambas partes participan en la administración del contrato, salvo que en las cláusulas de este se estableciera otra cosa; por lo que respecta a la participación en los resultados, esta va en proporción al monto de sus aportaciones, por lo que con base en lo antes expuesto, los artículos relativos a la administración y distribución de resultados quedarían redactados como sigue:

“ La administración del contrato será de manera conjunta, salvo pacto en contrario, determinando cuáles serán las facultades con las que contarán las partes. Todas las obligaciones que asuma una de las partes con base en las facultades que le fueron otorgadas y que vayan encaminadas a lograr el objeto específico serán responsabilidad de todas las partes.”

“Las partes contratantes tienen el derecho y la obligación de participar tanto en las utilidades como en las pérdidas que se obtengan de manera proporcional a sus aportaciones.”

Por último tenemos lo que se refiere a las formas de terminación del contrato de riesgo compartido; como se ha dicho, en este contrato, las partes afectan a un objetivo común ciertas aportaciones como son bienes, derechos, conocimientos técnicos, administrativos, secretos industriales, entre otras, que van separadas de las utilidades y pérdidas generadas durante la existencia del contrato, mismas que deben ser divididas entre las partes en caso de terminación del mismo, ya sea por haber logrado el objeto específico, por expiración del plazo, por incapacidad, quiebra o disolución de una de las partes, a menos que en el contrato, en caso de ser más de dos contratantes, se estableciera que los demás decidieran de manera unánime sobre la continuación o no del contrato, por

incumplimiento de alguna de las partes o por diversas causas establecidas en el mismo contrato.

Con fundamento en lo antes expuesto, la disposición relativa a las formas de terminación del contrato de riesgo compartido quedaría como sigue:

“ El contrato de riesgo compartido se terminará por las siguientes causas:

- I. Por vencimiento del plazo;
- II. Por haber logrado el objeto específico;
- III. Por incapacidad, quiebra o disolución de alguna de las partes, salvo pacto en contrario;
- IV. Por incumplimiento de alguna de las partes, y
- V. Por cualquiera de las causas establecidas en el contrato.

Dentro de la propuesta anterior no se regula lo relativo a la solución de controversias, ya que considero que sobre este punto, las partes son las que deberían determinar los procedimientos a seguir, principalmente cuando se tratara de un contrato en el que intervinieran personas extranjeras, debido a que la impartición de justicia en nuestro país y en otros países subdesarrollados es demasiado lenta y se llevan a cabo procesos muy largos, por lo que se hace más difícil ayudar a la solución de controversias.

Con el marco normativo propuesto anteriormente para el contrato de riesgo compartido, se dejan claramente establecidas todas las características esenciales del mismo, tales como de que se de una figura contractual que no da origen a un nuevo sujeto con personalidad jurídica propia, entre otras.

Con la introducción de esta nueva figura al derecho mexicano se permite su fácil divulgación y conocimiento sin establecer normas rígidas que impidan su fácil desarrollo y celebración, ya que delega a las partes la posibilidad de adoptar sus iniciativas contractuales con el fin de que puedan cumplir eficazmente sus fines y metas sin tener que recurrir a otras figuras contractuales tradicionales que les podrían acarrear mucha rigidez en su celebración, y a su vez les otorga la seguridad jurídica que brinda toda figura regulada dentro de cualquier legislación.

CONCLUSIONES.

1.- El contrato es una de las figuras más antiguas e importantes en las relaciones humanas, ya que a través de él los hombres manifiestan su voluntad y crean derechos y obligaciones entre ellos.

2.- Refiriéndonos específicamente a los contratos mercantiles, estos surgen desde el inicio del comercio.

3.- El contrato mercantil a pesar de ser uno de los instrumentos jurídicos más importantes en esta materia, no se encuentra regulado específicamente dentro de la legislación mercantil, por lo que para su estudio, es necesario remitirse a la legislación civil, y podemos saber que estamos frente a un contrato mercantil cuando este se encuentre incluido dentro del Código de Comercio y esté relacionado con alguno de los actos de comercio contenidos dentro del artículo 75 del citado ordenamiento legal o por disposición legal.

4.- Una de las principales características de los contratos atípicos es la de la "libertad contractual" que tienen los sujetos privados a través de la cual pueden adoptar sus propias iniciativas contractuales con el fin de alcanzar de manera eficaz sus fines y metas, sin más limitación que la de respetar las leyes de orden público, las leyes imperativas y los principios generales del derecho.

5.- En virtud de que el Derecho Mercantil regula todas las relaciones comerciales tanto a nivel nacional como internacional, como es el caso de los tratados de libre comercio, el avance tecnológico, y debido al proceso globalizador que se

vive en todo el mundo, es necesario que se adapte a los cambios tanto del medio social como del económico, señalando reglas claras que permitan regular de manera adecuada nuevas figuras como es el caso del contrato de *joint venture* o de riesgo compartido, sin necesidad de dejar atrás las figuras jurídicas más tradicionales.

6.- El contrato de *joint venture* o de riesgo compartido, es una figura que ha generado grandes confusiones entre los doctrinarios al tratar de determinar su naturaleza jurídica en virtud de las formas que este puede adoptar, por lo que hay quienes le atribuyen una naturaleza contractual y muy pocos le atribuyen naturaleza societaria.

En lo personal, considero que al hablar de *joint venture* o riesgo compartido, se refiere a una figura meramente contractual en la que las partes no tienen la *affectio societatis*; ya que su única intención es la de combinar recursos con el fin de lograr un objetivo específico sin perder su individualidad.

7.- De manera general se puede decir que los *joint ventures* o riesgos compartidos son contratos mercantiles asociativos a través de los cuales las empresas combinan recursos sin perder su individualidad, para realizar un proyecto en común compartiendo los resultados de la operación.

8.- La utilidad del contrato de *joint venture* o de riesgo compartido, sobre todo para los países en vías de desarrollo, como es el caso de México, que no alcanzan a realizar sus proyectos debido a la escasez de recursos y el atraso tecnológico, estriba en que a través de la celebración de este tipo de contratos, pueden captar inversiones externas, contribuyendo así al desarrollo sostenido de la economía nacional, por lo que es necesario crear una serie de normas que propicien el

desarrollo o formación de estos contratos, creando el medio jurídico idóneo para esto.

9.- No debe confundirse al contrato de *joint venture* o de riesgo compartido con otras figuras típicas como es el caso de la asociación en participación, los contratos de transferencia de tecnología, la concentración de sociedades a través de los consorcios de exportación, las sociedades de responsabilidad limitada de interés público, el cártel, el contrato de sociedad y la integración externa de empresas a través de la fusión y escisión de sociedades, ya que existen elementos suficientes que permiten darse cuenta que se trata de figuras jurídicas diferentes, aunque gozan de cierta aproximación con el contrato en comento.

Lo que si es posible es que dada la maleabilidad de este contrato, puede utilizarse para la realización de operaciones de diversa índole así como combinarse y apoyarse con otros contratos típicos, como podría ser el contrato de transferencia de tecnología, con el fin de realizar su objetivo común.

10.- A pesar de que no existe hoy en día ninguna legislación que regule al contrato de *joint venture* o de riesgo compartido, muchas empresas nacionales, celebran este tipo de contratos, sobre todo de carácter internacional, por lo que sería conveniente que se empezara a legislar al respecto, con el fin de dar mayor seguridad jurídica a los contratantes.

11.- Los puntos principales que se pretenden regular de este contrato son: dejar claramente especificado su carácter contractual, el hecho de que pueden participar tanto personas morales como personas físicas, ya sean nacionales o extranjeras sin ningún tipo de restricción, limitarlo a un objeto específico (el señalado en el contrato), especificar que constituye un fondo común operativo y

las partes contratantes son los que financian las actividades comunes, y la participación de las partes de manera conjunta tanto en la administración como en las ganancias y las pérdidas que se obtengan del negocio conjunto.

Se propone únicamente la regulación de estos puntos con el fin de no convertirlo en un contrato rígido y que por lo tanto sea de fácil celebración, además de que las partes conservan su “libertad contractual”.

12.- La introducción del contrato de riesgo compartido en la legislación mexicana podría ayudar al desarrollo del libre comercio y podría servir como una modalidad de colaboración a nivel empresarial tanto en el sector público como en el privado, para el desarrollo del sector industrial, energético, agropecuario, entre otros, mismos que es necesario reactivarlos.

BIBLIOGRAFÍA.

- ARCE GARGOLLO, Javier. *"Contratos Mercantiles Atípicos"*, 6ª. ed., Editorial Porrúa, S.A., México, 1999.
- BARRERA GRAF, Jorge. *"Instituciones de derecho mercantil". Generalidades. Derecho de la empresa. Sociedades*, 3ª. Reimpresión, Editorial Porrúa, S.A., México, 1999.
- BECERRA BAUTISTA, José. *"El Proceso Civil en México"* 15ª. ed., Editorial Porrúa, S.A., México, 1999.
- BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel. *"Obligaciones Civiles"*, 5ª. ed., Editorial. Oxford, México, 1996.
- BERDEJA PRIETO, Agustín. *"Marco Jurídico del Convenio de Co Inversión (Joint Venture)"*, Conferencia dictada en la Barra Mexicana Colegio de Abogados, 16 de octubre de 1996.
- BORJA SORIANO, Manuel. *"Teoría General de las Obligaciones"*, 15ª. ed., concordada por Francisco e Ignacio Borja Martínez, Editorial Porrúa, S.A., México, 1997.
- BRISEÑO SIERRA, Humberto. *"SOBRE ARBITRAJE. ESTUDIOS."* Editorial Limusa, México, 2000.

- BRISEÑO SIERRA, Humberto. *"El Arbitraje Comercial"*. Editorial Limusa, 1979.
- CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, y HOAGUE, Eleanor C. LOPEZ CABANA, Roberto M. Coordinador. *"Contratos especiales en el siglo XXI"*. Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1999.
- CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, y KELLY, Julio Alberto. *"Contratos de colaboración empresaria: Agrupaciones de colaboración, uniones transitorias de empresas y joint ventures"*. Buenos Aires, Argentina, Editorial Heliasta S.R.L., 1987.
- CARBALLO YÁNEZ, Erick y LARA TREVIÑO, Enrique. *"Formulario teórico práctico de contratos mercantiles"*. 1ª. Ed., Editorial Porrúa, S.A., México, 2000.
- CASTRILLÓN Y LUNA, Victor M. *"Contratos Mercantiles"*, 1ª. ed., Editorial Porrúa, S.A., México, 2002.
- DE PINA, Rafael. *"Elementos de Derecho Civil Mexicano"*, 13ª. ed., Editorial Porrúa, S.A., México, 2000.
- DIAZ BRAVO, Arturo. *"Contratos mercantiles"*. 7ª. edición, Editorial Oxford University Press, México, 2002.
- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo. *"Derecho Civil"*, 6ª. ed., Editorial Porrúa, S.A., México, 1998.

- FARINA , Juan M., *"Contratos Comerciales Modernos", modalidades de contratación empresarial*, 1ª. Reimpresión, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires Argentina, 1994.
- GALINDO GARFIAS, Ignacio. *"Derecho Civil"*. 15ª.ed., Editorial Porrúa, S.A., México, 1997.
- GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. *"Introducción al estudio del derecho"*, 48ª. ed., Editorial Porrúa, S.A., México, 1996.
- GARCIA RENDON, Manuel. *"Sociedades Mercantiles"*, 2ª. edición, Editorial Oxford University Press, Colección de textos jurídicos universitarios, México, 2002.
- GHERSI, Carlos Alberto. *"Contratos civiles y comerciales"*, Argentina, Editorial Astrea de Alfredo Depalma, t.2, 1998.
- GINEBRA SERRABOU, Xavier. *"Alianzas estratégicas o Joint Ventures"*, Editorial Themis, México, 2000.
- GOMEZ COTERO, José de Jesús, *"Fusión y escisión de sociedades mercantiles"*, Editorial Themis, México, 1999.
- GOMEZ SOTO, Dense y COLLADA RAMÍREZ, María Teresa., *"Aventuras Conjuntas, nuevas formas de asociación en negocios nacionales e internacionales"*. 7ª. ed., Editado por el Instituto Mexicano de Contadores Públicos, México, 1999.

- GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. *"Derecho de las Obligaciones"*, Editorial Porrúa, S.A., México, 2000.
- LE PERA, Sergio. *"Joint venture y sociedad"*, *Acuerdos de coparticipación empresarial*. 1ª. Reimpresión, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1989.
- LÓPEZ CABANA, Roberto M. Coordinador, *"Contratos especiales en el siglo XXI"*, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1999.
- MANTILLA MOLINA, Roberto L. *"Derecho Mercantil"*, 35a. ed., revisada y puesta al día por Roberto Mantilla Caballero y José María Abascal Zamora, México, Editorial Porrúa, S.A., 1993.
- MANTILLA MOLINA, Roberto. *"Derecho Mercantil"*, 21ª. edición, Editorial Porrúa, S.A., México.
- MARTINEZ MORALES, Rafael. *"Derecho Administrativo 3ro. Y 4º. Curso"*, 2ª. ed., Editorial Harla, México, 1997.
- MARTORELL, Ernesto Eduardo. *"Tratado de los contratos de empresa"*, Tomo III. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1997.
- PASTOR ARGUMEDO, Reynaldo. *"Naturaleza jurídica del contrato de joint venture"*, Derecho, no. 39, Lima, Perú, Diciembre, 1995.

- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín. *“Tratado de sociedades mercantiles” Tomo II*, 29 ed., Editorial Porrúa, México, 2002.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael. *“ Compendio de Derecho Civil”*, 33ª. ed., Editorial Porrúa, México, 2001.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael. *“Derecho Civil Mexicano” Tomo cuarto, Contratos I*, 33ª. ed., Editorial Porrúa, S.A., México, 2001.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael. *“Derecho Civil Mexicano”, Tomo Primero, Introducción y personas*. 33ª. ed., Editorial Porrúa, S.A., México, 2001.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael. *“Derecho Civil Mexicano”, Tomo quinto, Obligaciones, Volumen I*, 33ª. ed., Editorial Porrúa, S.A., México, 2001.
- SÁNCHEZ MEDAL, Ramón. *“De los contratos civiles”*, 18ª. Ed., Editorial Porrúa S.A., México, 1998.
- SEPÚLVEDA SANDOVAL, Carlos. *“La empresa y sus actividades” Concepto Jurídico*. 1ª. edición, Editorial Mc Graw Hill, México, 1997.
- SIERRALTA RÍOS, Aníbal. *“Joint Venture Internacional”*, 1ª. ed., Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1996.
- SILVA, Jorge Alberto. *“Arbitraje comercial internacional en México”*, Pérez-Nieto Editores, México, 1994.

- SPENCER, David D., coaut. RIVADENEYRA, Fernando. *"Some case studies of joint ventures with Mexican ejidos"*, United States - Mexico Law Journal, Vol. 6, Albuquerque, New Mexico, E.U.A., Spring, 1998.
- VÁSQUEZ DEL MERCADO, Oscar. *"Asambleas, fusión y liquidación de sociedades mercantiles"*, 14ª. ed., Editorial Porrúa, S.A., México, 2002.
- ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Angel. *"Contratos Civiles"*, Editorial Porrúa, S.A., México, 2002.

DICCIONARIOS.

- *"DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA"*, 19ª. ed., 1989.
- *"Diccionario de términos legales" (español-inglés e inglés-español)* de Louis A. Robb. Nueva York, John Wiley and Sons. Inc. 1955, voces: *joint* y *venture*.
- *"Diccionario Jurídico Mexicano"*, A-CH. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 13ª. ed., Editorial Porrúa, S.A., México, 1999.
- *"Enciclopedia Jurídica OMEBA"*, Tomo II. Editorial Driskill, S.A., Argentina 1984.
- *"Enciclopedia Jurídica OMEBA"*, Tomo IV. Editorial Driskill, S.A., Argentina 1984.

- *"Enciclopedia Jurídica OMEBA", Tomo XVIII. Editorial Driskill, S.A., Argentina 1984.*
- ALCARAZ VARO, Enrique y HUGHES, Brian. *"Diccionario de términos jurídicos", Ed. Ariel S.A., 5ª. ed., Barcelona, España, 1999.*
- CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, y HOAGUE, Eleanor C. *"Diccionario Jurídico", Bs. As. Argentina, Editorial Heliastra S.R.L., 1990.*

HEMEROGRAFÍA.

- *"Join Ventures", Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones, año 26, no. 151/153, Buenos Aires, Argentina, enero-junio 1993.*
- *"Las alianzas estratégicas o joint ventures y el derecho de la competencia", Revista de Investigaciones Jurídicas. Año 21, No. 21, México, 1997, Escuela Libre de Derecho.*
- ARCE GARGOLLO, Javier. *"Contratos mercantiles asociativos.", Revista de Investigaciones Jurídicas, Escuela Libre de Derecho, no. 19, México, D.F., 1995.*
- GINEBRA SERRABOU, Xavier. *"Aspectos jurídicos esenciales de las alianzas estratégicas o joint ventures", Revista de Derecho Privado, año 8, no. 23, México, D.F., mayo-agosto, 1997.*

- ROTTMAN, Horacio. *"Joint Ventures"*, Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones, año 26, no. 151/153, Buenos Aires, Argentina, enero-junio 1993.

LEGISLACIÓN.

Código Civil Federal. ISEF, 2003.

Código de Comercio. ISEF, 2003.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Porrúa, S.A., 2003

Ley de Inversión Extranjera. ISEF, 2003.

Ley de Propiedad Industrial. Porrúa, S.A., 2003.

Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de Interés Público. Ediciones Andrade, 2003.

Ley Federal de competencia económica. ISEF, 2003.

Ley General de Sociedades Mercantiles. ISEF, 2003.

Ley General de Títulos y operaciones de Crédito. ISEF, 2003.