



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO**

**FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES
ARAGÓN**

**“LA ASOCIACION EN PARTICIPACIÓN,
UNA PROPUESTA ECONÓMICA VIABLE”**

T E S I S

**PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO**

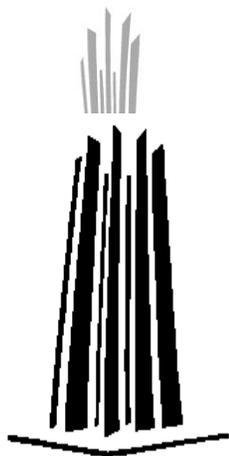
P R E S E N T A :

JUAN ADISSON BUENO CARDOSO

ASESOR:

LIC. ALEJANDRO ARTURO RANGEL CANSINO

SAN JUAN DE ARAGÓN, ABRIL 2008





Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



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.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.	Pág. I
CAPÍTULO I.	
ANTECEDENTES DE LA ASOCIACIÓN EN PARTICIPACIÓN.	
1.1.1. Contrato de Cuentas en Participación.....	2
1.1.2. Concepto del Contrato de Cuentas en Participación.....	2
1.1.2. Elementos Personales.....	4
1.1.2.1. El gestor.....	5
1.1.2.2. El partícipe.....	6
1.1.3. Derecho a la información del partícipe.....	8
1.1.4. Naturaleza jurídica del contrato de Cuenta en Participación.....	9
1.1.5 La aportación.....	10
1.1.6. Características principales del Contrato de Cuentas en Participación.....	10
1.1.7. Formas de terminación de los contratos de Cuenta en Participación.....	12
1.1.7.1. La Extinción o Liquidación.....	13
1.2.1. Similitudes con el <i>Joint Venture</i>	14
1.2.1.1. Origen del Joint Venture.....	15
1.2.1.2. Concepto del <i>Joint Venture</i>	18
1.2.1.3. Elementos personales del contrato de <i>Joint Venture</i>	20
1.2.1.4 Naturaleza del <i>Joint Ventue</i>	25
CAPÍTULO II	
LA TEORÍA CONTRACTUAL	
2.1. El deber jurídico y la obligación.....	29
2.2. Acto jurídico y hecho jurídico.....	31
2.3. Elementos de existencia.....	32

2.3.1. El consentimiento.....	33
2.3.2. El objeto.	36
2.3.3. La solemnidad en casos especiales.....	37
2.4. Requisitos de Validez.....	39
2.4.1. La capacidad.....	40
2.4.2. La Voluntad.....	42
2.4.3. El objeto o motivo o fin lícito.....	51
2.4.4. La Forma Legal.....	52
2.5. Nulidad e Inexistencia.....	54
2.5.1. Posibilidad de Convalidación de los actos jurídicos.....	55
2.6. Convenio y Contrato.	56
2.6.1. Fuente generadora de obligaciones.....	58
2.6.2. Función jurídica del contrato.....	58
2.6.3. Noción de los elementos personales en los contratos.....	59
2.6.4. Interpretación en materia contractual.....	59
2.6.5. Cumplimiento del contrato.....	61
2.7.1. Clasificación de los contratos.	62
2.7.1. Contratos nominados e innominados.	62
2.7.2. Contratos unilaterales o bilaterales o sinalagmáticos.....	62
2.7.3. Contratos onerosos y gratuitos.	63
2.7.4. Contratos conmutativos y aleatorios.....	63
2.7.5.1. Contrato Real y Consensual.	64
2.7.5.2. Contrato Consensual y Solemne.....	64
2.7.5.3. Contrato Principal y Accesorio.....	65
2.7.6. Contrato Instantáneo y de efectos sucesivos.....	66
2.7.6.1. Contrato <i>Intuitus personae e indifferens Personae</i>	66

CAPÍTULO III.

ANÁLISIS CRÍTICO DE LA ASOCIACIÓN EN PARTICIPACIÓN.

3.1. Las Sociedades reconocidas por la Legislación Mexicana.....	67
3.1.1. Sociedad en Nombre Colectivo.....	70
3.1.2. Sociedad en Comandita Simple.....	73

3.1.3. Sociedad de Responsabilidad Limitada.....	75
3.1.4 Sociedad Anónima.	79
3.1.5. Sociedad en Comandita por Acciones.....	85
3.1.6. Sociedad Cooperativa.	87
3.1.7. Cuadro comparativo sobre las diferencias esenciales entre las Sociedades reconocidas en México y la Asociación en Participación.....	92
3.2. La Sociedad y la Asociación. Estrictas Diferencias.....	93
3.2.1. La Mercantilidad en la Asociación y la Sociedad.....	95
3.2.3. La Asociación en Participación como un contrato.....	96
3.2.4. Naturaleza Jurídica.	98
3.2.5. Elementos Personales.....	99
3.2.6. Función Jurídica del Contrato de Asociación en Participación...101	
3.3. Tributación de la Asociación en Participación.....101	
3.3.1. Impuesto.	102
3.3.2. Elusión Fiscal.....	104
3.2.3. Evasión fiscal.....	105
3.2.4. Principios en materia Fiscal.....	105
3.3.5. La afectación en la recaudación y sus implicaciones.....	107

CAPÍTULO IV.

PROPUESTAS PARA REPLANTEAR EL ESQUEMA JURÍDICO DE LA ASOCIACIÓN EN PARTICIPACIÓN.

4.1. La formalidad Jurídica mediante Fedatario Público.....	109
4.1.1. Cumplimiento de la función del Fedatario Público. (Certidumbre).....	111
4.2. La Duración de la Asociación en Participación.	112
4.2.1. Para una o varias operaciones determinadas.....	113
4.2.2. Por tiempo determinado.....	113
4.3. La proporción en las prestaciones.....	114
4.3.1. Inclusión de cláusulas esenciales mediante Legislación.....	114

4.4. Sustitución de conceptos fundamentales de la Asociación en Participación.....	116
4.4.1. La aportación.....	117
4.4.2. La contribución y su amplitud.....	117
4.5. La obligatoriedad de registrar al contrato de Asociación en Participación.....	118
4.6. Dotar a la Asociación en Participación de aparejada ejecución para los casos de incumplimiento.....	119
4.6.1. Implicaciones sobre la aparejada ejecución.....	120
CONCLUSIONES.....	122
BIBLIOGRAFÍA.....	125

INTRODUCCIÓN.

La constante evolución de la sociedad a través del tiempo y las condiciones económico sociales han traído como consecuencia la creación de nuevas formas de establecer relaciones contractuales, es decir que con independencia de los contratos ya regulados por la normatividad jurídica; el ánimo y la voluntad de los individuos han ido más lejos, impulsados por la condiciones actuales de vida; lo ha producido la celebración de contratos atípicos o innominados; sin embargo en la carrera vertiginosa o competencia entre las disposiciones jurídicas (conjunto de normas de derecho) y la sociedad demandante con necesidades actuales, es claro que la normatividad ha quedado en segundo lugar dentro de esta competencia, pues es preciso la creación de mecanismos normativos que le den un tratamiento jurídico adecuado al campo social.

Pero si bien es cierto que las normas jurídicas han quedado en segundo término no es culpa de los juristas, doctrinarios o del legislador sino es una condición natural del proceso de creación de la norma, (que me he permitido llamar carrera; en donde participa la sociedad y el mundo jurídico) pues para los efectos de la creación de la norma jurídica es necesario, la manifestación de un fenómeno que abarque gran parte de la sociedad para que el legislador, doctrinario y juristas se avoquen al estudio preciso de este particular y creen una regulación adecuada para este hecho social, desde luego mediante un proceso legislativo, ya que la finalidad principal es el hecho de regular a la sociedad con los fenómenos que presente, y no el imponer conductas sin razón o sin que sea requerido por la sociedad.

Con independencia de lo impuesto en el párrafo anterior también hemos de mencionar que el ánimo de legislador y doctrinario no es el hacer esperar a la sociedad para contar con una legislación adecuada en su actuar, ni de imponerle un método limitado y robótica de actuar, sino por el contrario es el darle suficientes elementos, tantos como sea posible, para poder resolver la problemática generada producto de sus relaciones contractuales y sus necesidades

Por ello como ya hemos mencionado los contratos innominados o atípicos, tienen una regulación en la parte general de los contratos, reglas generales en materia contractual, lo que nos indica que sean típicos o innominados, (la norma jurídica los regula), notándose claramente aquí el ánimo del legislador que hemos referido, pero también es cierto que al no estar regulados adecuadamente y acorde con su naturaleza jurídica, no han sido tratados adecuadamente, lo que implica la restricción al juzgador en el caso de la controversia, para dictar su fallo en estricta razón jurídica, por lo que también encontramos que no se está brindando plena seguridad jurídica en esta materia.

Nos resulta evidente que la Asociación en Participación, tiene una denominación específica, y un capítulo en la Ley General de Sociedades Mercantiles, no obstante no tiene un tratamiento lógico jurídico adecuado a su propia naturaleza jurídica que lo rodea; pues el hecho generador de esta figura no es una sociedad sino un contrato, es aquí donde surge la interrogante ¿cuál es el tratamiento jurídico que debe darle la legislación mercantil a la Asociación en Participación, con el objeto de apegarse a la naturaleza jurídica y peculiaridades que reviste a nuestro objeto de estudio?

Además de lo mencionado es necesario estudiar a esta figura desde el punto de vista histórico, para analizar cuál ha sido su transformación y su evolución a lo largo del tiempo buscando para ello en dos vertientes , A) el Derecho Latino, es decir los clásicos, que su antecedente lo podemos encontrar en la **comenda** del Derecho Italiano medieval del que hay escasa información, y B) en cuanto al Derecho anglosajón en donde podemos mencionar al contrato de Joint Venture como una similitud para tratar de homologar al derecho mexicano.

Consecuentemente es necesario el análisis de la teoría contractual, para analizar cuáles son los aspectos que debe regular la Asociación en Participación de manera puntual y cuáles de ellos deben tener un mecanismo

jurídico legal que permita la certeza jurídica, logrando el equilibrio jurídico entre obligaciones, derechos, aportaciones y beneficios, además de ello dar un panorama que contemple una amplitud que responda a las necesidades sociales y más aún que genere una operación adecuada a esta figura para así poder satisfacer necesidades colectivas, pero por más que esto la correcta aplicación de esta figura permita si bien no erradicar las controversias legales sí disminuir la conflictiva jurídico-social producto de la celebración de este acto; lo que nos deberá impulsar a la prevención de la problemática jurídica.

Progresivamente se debe continuar con el estudio analítico del cómo es que opera la Asociación en Participación, a la luz de las distintas legislaciones es decir, cómo es que de alguna manera la asociación en participación puede tener relación o estar sujeta a disposiciones legales no sólo en materia mercantil, sino como en consecuencia lógica del desarrollo de sus funciones el cumplimiento de los preceptos en distintas legislaciones.

Es por ello, que bajo un procedimiento de investigación y un criterio jurídico reflexivo, forjado a base de doctrina, jurisprudencia y legislación trato de establecer horizontes más amplios y concretos, a fin de regular los más aspectos posibles de esta figura (sociedad-contrato). Sin perder de vista que el Estado en su carácter de órgano regulador de la sociedad debe crear leyes (vía proceso legislativo) que ofrezcan certeza jurídica y plena eficacia, consecuentemente acercándose a uno de sus fines esenciales el bien público temporal.

Ahora como con la presente investigación, me propongo generar nuevas expectativas para la regulación adecuada de la asociación en participación, ya que ésta debido a sus características ha permitido y alentado un campo amplio para la proliferación de ilícitos diversos y no sólo ha traído consigo beneficios ilegítimos en perjuicio de alguno de los contratantes, y no sólo para estos sino para el propio Estado, y aun más preocupante es, que estas actuaciones han sido cobijadas por el orden jurídico legal.

Con la aplicación de la teoría de la autonomía de la voluntad adoptada por el legislador, ha dejado al arbitrio de las partes las cláusulas que deben regir a esta sociedad contrato, esto significa que la partes dependiendo de sus capacidades (negociación, económica legal y obligación al) será la medida para la redacción de las cláusulas, lo que nos indica que el capital se encuentra en aptitudes de subordinar a la parte contraria, y mejorar para sí las condiciones y obligaciones materia de la figura en análisis, lo que nos da como resultado el aumento en los contratos conocidos como Leoninos, que seguirá en aumento sino no se legisla adecuadamente para disciplinar el actuar de las partes contratantes, “paradójicamente la ilicitud se aloja en el seno del límite de lo legal.”

Para apuntalar esta investigación quiero, hacer especial énfasis en la necesidad de cambiar el ordenamiento que rige a esta asociación sui generis ya que es una sociedad oculta en un contrato, ya que en términos claros lo que ha traído como consecuencia del mal manejo de esta figura es el empobrecimiento de los asociados y el enriquecimiento de los asociantes, debido a que el manejo y gestión, recae únicamente en uno de los sujetos que participan en este contrato (asociante) y además al asociado la legislación no le concedió un medio por el cual tenga conocimiento sobre la negociación, sino que lo dejó al arbitrio de la partes; como lo he mencionado en párrafo anteriores, por lo que el contrato de Asociación en Participación han nacido con defectos, que deben ser corregidos por la legislación.

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES DE LA ASOCIACIÓN EN PARTICIPACIÓN.

La Asociación en Participación ha tenido necesariamente un origen y una evolución desde sus albores hasta hoy, tal como ha quedado asentado en nuestra legislación mexicana.

Para los efectos de la Asociación en Participación de nuestro derecho, su antecedente directo lo podemos encontrar en el contrato de Cuentas en Participación, del Derecho Español, sin embargo no solo en el derecho Español se ha gestado, Legislado y practicado con relación a esta figura jurídica; también ha tenido eco en Alemania, Italia, Francia mismos que le han dado varias denominaciones, (*stille gesellschaft, sociedad oculta, sociedad tácita*), de igual manera hay que destacar que en la mayoría de las legislaciones hay una uniformidad, solo algunas diferencias que no implican gran separación sobre la forma y el como es que se regula este tipo de contratos.

De igual forma hay que distinguir dos clases de contratos de Cuentas en Participación, a) momentánea y b) tracto sucesivo, es este sentido, el contrato de cuentas en participación desde su clasificación de momentánea, se caracteriza por que únicamente podría ser usada por una única ocasión para una sola operación mercantil, y en consecuencia el contrato de cuentas en participación en su modalidad de tracto sucesivo, podría ser utilizada para una o varias operaciones comerciales.¹

Cabe destacar que así como la Asociación en Participación tiene su antecedente mas próximo en el contrato de Cuentas en Participación, este último lo tiene en la (*Commenda*) del Derecho medieval, también denominado *Ccompagnia Secreta*, lo anterior en razón a que tanto las relaciones que surgían como las personas que formaban parte en la celebración del contrato permanecían ocultas, es decir que no tienen relevancia en la gestión de

¹ GARCÍA RENDÓN Manuel, Sociedades Mercantiles, ed. Harla México 1992, P. 605.

negocios, por lo que en consecuencia para terceros el negocio es solo del gestor, ya que no se crea una personalidad jurídica distinta a la de los socios, aun que la aportación de capital bienes o servicios corresponde a los partícipes, no figuran en las operaciones mencionadas, pero en materia de ganancias y pérdidas sí participan en términos del contrato, además de lo anterior, luego entonces la relación es puramente contractual, además de esto esta figura ha tenido relevancia mercantil ya que las ventajas que ofrece son amplias, puesto que no hay obligación de restituir íntegramente el capital aportado por los partícipes ya que soportan pérdidas y ganancias, de igual forma el interés que genera la operación, únicamente se arriesga el capital aportado.²

1.1.1. Contrato de Cuentas en Participación.

Este contrato es de naturaleza comercial, en el que uno o varios sujetos, se reúnen para colaborar y llevará a cabo una o varias negociaciones mercantiles, la facilidad que les proporcionaba funcionar de esta forma es que no se les plantea dificultad alguna en la formación de dicho contrato, toda vez que no crean a una persona distinta a la de los socios, es decir que solo requiere que conste por escrito, ya que solo se trata de aportaciones para un fin común.

1.1.2. Concepto del Contrato de Cuentas en Participación.

“Podrán los comerciantes interesarse los unos en las operaciones de los otros, contribuyendo para ellas en la parte del capital que convinieron, y haciendo partícipe de sus resultados prósperos o adversos, en la proporción que determinen.”³

² Cfr. GARRIGUES. Joaquín, Curso De Derecho Mercantil, novena Edición, Ed. Porrúa, México 1998 P 56.

³ BROSETA PONT Manuel, Manual de derecho mercantil, ed. Tecnos Madrid 1978 P. 345.

a) *“Que se trata de una contribución al negocio de otro, con participación en sus resultados.”*⁴

Es una sociedad interna aplicada al tráfico mercantil, mismo que constituye el fin común de los socios, es decir que su asociación, pretende realizar negociaciones comerciales; entre las partes que intervienen en este contrato, se distingue el comerciante (gestor), que contribuye a un fin con su capital y trabajo o solamente trabajo, y los *cuenta participes* que no necesariamente deben ser comerciantes pero también contribuyen al fin común, con la aportación de capital.

*“No se forma un patrimonio común ni gozan estas sociedades internas de la personalidad jurídica, ni adoptan una razón social. Externamente el gestor dirige las operaciones en su nombre y bajo su responsabilidad. El gestor hace suyas las aportaciones de los cuenta participes. Internamente el gestor gestionará el negocio y rendirá cuentas, practicándose la liquidación en modo pactado.”*⁵

De lo anterior se puede inferir que el contrato de cuentas en participación tiene una gran liberalidad, ya ofrece una amplia gama de ventajas, para poder incursionar en el mundo de la mercadería, pero sobre todo ofrece una facilidad enorme a los comerciantes y a los que no lo son para poder comerciar.

Una de las mayores ventajas, de este figura se encuentra en que no obliga a la creación de una persona distinta a la de los socios (persona moral), pero si crea relaciones y obligaciones internas, mínimas pero suficientes acorde a su condiciones y necesidades actuales, y para los efectos externos crea relaciones jurídicas entre el gestor y los terceros que intervienen en el comercio. Además de lo ya mencionado, crea un ambiente de libertad ya que no obliga a la restitución del capital de manera integra.

⁴ GARRIGUES. Joaquín Op. Cit. P. 58

⁵ DICCIONARIO JURÍDICO ESPASA, ed. Espasa Calpe, Madrid 2000 P.1198.

Otra de los elementos de este contrato es la celeridad que se le puede ofrecer a la mercadería ya que no necesita mas que de le celebración del contrato y el capital suficiente pata empezar a caminar en la mercadería.

Es necesario decir que el gestor pareciera un socio industrial pero que es mas que ello pues es el que realiza el mayor trabajo pues si los partícipes están excluidos de la gestión o administración en su caso y todo actuar que no sea la aportación de capital.

1.1.2. Elementos Personales.

Resulta obvio la existencia de cuando menos dos personas que intervengan en la celebración de este contrato, por lo que hacemos hincapié que probablemente no solo sean dos personas las que participen, sino que hay varias alternativas a este razonamiento.

La primera de ellas, ante la celebración del contrato y al existir la necesidad de que participen varias personas, ya sea con la aportación de capital, para llegar a un monto necesario que les dará la posibilidad de comerciar lo deseado, o la necesidad de incluir a un socio industrial que tenga conocimientos en una materia en especifico o la de una gama de la que se pueda disponer, en este supuesto se podría firmar un contrato que incluya a los diferentes actores tantos como sea necesario, la complicación en la que nos encontraríamos en este sentido es la complejidad de la redacción de este contrato, y la dificultad al limitar la acción de cada uno de los participantes, dejando a salvo la competencia y ofreciéndole las herramientas necesarias para desarrollar correctamente su parte del contrato.

La otra posibilidad que ofrece este tipo de contratos con su liberalidad, es que bien puede redactar tantos contratos como sea necesario y con tantos sujetos como lo desee o como lo exija la propia naturaleza del comercio que pretende ejecutar.

En consecuencia podemos distinguir de este contrato como elementos personales:

1.1.2.1. El gestor.

Que es una de las partes más importantes como ya lo hemos mencionado, ya que es el quien recibe el control de la administración de esta empresa, y asume la responsabilidad de los resultados, así mismo es quien aporta a este la personalidad jurídica ya que es de quien se utiliza y en nombre de quien se actúa, ya que como se ha afirmado con anterioridad, con quien se confunden los bienes aportados, por tanto es quien se obliga con terceros a fin de cumplir con el objeto de este contrato o sociedad oculta, y es en razón y en la medida que las partes que intervinieron junto con este en la celebración del contrato permanecen ocultas, no solo por así ser necesario o por que sea mas simple, el hecho de permanecer oculto sino es por que los propios límites de la normatividad así lo disponen.

La existencia del gestor, es de vital importancia pues más que solo ser una de las partes que celebra este contrato, es a mi parecer la parte mas importante de este contrato, ya que para que haya una propuesta de la celebración del contrato de cuentas en participación, se debe presuponer cuando menos dos cosas, a) la posibilidad de la existencia de una oportunidad de naturaleza comercial, y la segunda b) que es el material humano capaz de poder analizar y entender esta oportunidad; y como consecuencia pero con su debida importancia el capital para la materialización de este proyecto.

En este sentido el gestor es aquel sobre el que recae la dirección, control y vigilancia de la empresa surgida a consecuencia de la firma o celebración del contrato de Cuenta en Participación, mismo en el que participa como parte activa o celebrante, para la realización de fin o fines de naturaleza mercantil; pudiendo ser este comerciante o no.

1.1.2.2. El partícipe.

Es la persona que siendo comerciante o no interviene en la celebración del contrato de cuentas en participación, quien se obliga a hacer su aportación sea en capital o en bienes, con el ánimo de percibir una retribución misma que se pacta en contrato, una de las características es que no puede intervenir en la forma y el manejo de la empresa, sin embargo tiene derecho a la información y al ajuste de cuentas en el momento que el contrato se extinga.

De tal suerte que este contrato cuenta con dos elementos personales integrados de la siguiente manera, a) *gestor* y b) *partícipe*, es preciso hacer notar el hecho que existe la posibilidad de que el elemento personal denominado *partícipe* sea integrado por varias personas, pero no significa que este mero hecho, modifique sus posibilidades o límites legales, o que de una diferente perspectiva jurídica al contrato en cuestión, por que haya mas de un partícipe, pero también es de vital importancia el entender que la propia naturaleza del contrato nos impide, mas de un gestor, ya que no es posible separar las características que se le ha conferido.⁶

Además de lo referido con anterioridad debemos analizar la cuestión de la existencia del tercero, y aclarar que este no es parte del contrato, ya que no participo en su celebración, este tercero, funciona o tiene su campo de acción en lo que ya hemos distinguido como relaciones externas (mismas que ejecuta el gestor como una condición propia del cumplimiento del contrato), ya que si bien es cierto que una vez integrado el contrato de manera perfecta, se necesita del tercero a fin de poder cumplir con el objeto motivo fin de este contrato, por lo que este tercero puede tener diversas características o ser de diversos o variada índole, de igual forma puede ser representado como comerciante.

Pero sin duda este tercero solo tendrá su cabida o su campo de acción en la consecución del fin del contrato y en la mayoría de las ocasiones ni

⁶ Cfr. BROSETA PONT Manuel. Op. Cit. P. 345.

siquiera se enterará de la existencia de los partícipes, y por ende mucho menos del contrato, celebrado.

También debemos resaltar el hecho que el gestor, destaca y es la pieza clave, ya que en las relaciones tanto internas como externas que se generan en este tipo de contratos, es este el puente entre ambas, además es el único que tiene relación directa con ambas partes, (partícipe y tercero), ya que hay que allanar que el tercero y el partícipe no tienen relación jurídica.

Salvo un caso excepcional y bajo las condiciones específicas se podría integrar esta relación legal del tercero y el partícipe.

Esa acción del tercero no tendrá ninguna preferencia sobre las demás acciones de otros acreedores del comerciante que lleven el nombre de la negociación, y deriven de negociaciones distintas.

Solo existen las relaciones entre partícipe y gestor; y gestor y tercero comerciante, pero entre el tercero y el partícipe no forma ninguna relación jurídica.

Tampoco los partícipes o interesados en la cuenta tendrán acción contra el tercero que contrato con el gestor, a no ser que este les haga sesión formal de sus derechos. No hay por tanto, deudas propias de la Cuenta en Participación, sino deudas propias del gestor.⁷

Es evidente e inevitable la crítica en este apartado, ya que si bien es cierto los partícipes no tiene influencia alguna en el desarrollo de este contrato, también lo es que son parte del mismo por su aportación dineraria o en bienes para la propia integración y posibilidad de fructificación del negocio mercantil, y resulta inadmisibles que estén de verdad limitados por la cesión de derechos del gestor para reclamar del tercero.

⁷ Cfr. GARRIGUES. Joaquín Op Cit. p. 62.

Lo que nos da como consecuencia que más que ser una asociación oculta, es la pura y simple capitalización de un tercero con la promesa de incrementar el capital aportado.

Es en este punto donde comienza la aplicación de las normas jurídicas, y donde cobran importancia real ya que si cada una de las partes que celebran cualquier contrato y de cualquier naturaleza sea civil o mercantil, pueden pasar cualquier cosa sea benéfica o adversa, si analizamos el caso de la benéfica nos encontraremos que con el simple hecho de cumplir con las condiciones que se plantearon y que incluyeron en un contrato, se libera de la obligación y no genera descontento es decir que si se cumple satisfactoriamente con lo pactado, no trae mas implicaciones, mas que las evidentes, que pudieran ser las renovación o prorrogación del contrato, o su total y definitiva conclusión, pero el hecho de la inconformidad de uno de los celebrantes acarrea consecuencias garrafales.

Tales como el inicio de un procedimiento judicial y la dura critica a las disposiciones legales, y mas que ello se desencadena una serie de cuestiones que van desde el replanteamiento del propio contrato, hasta la posibilidad de generación y corrección de la norma, toda vez que se ha alejado de la realidad y necesita de nuevos elementos que la hagan funcional o que le permitan operar de con mayor celeridad a la mercadería.

1.1.3. Derecho a la información del partícipe.

En términos de lógica jurídica es razonable que en una asociación sea oculta o no lo sea, se mantenga informado el estado que guarda la propia negociación, pero queda claro que si el gestor es quien tiene la primicia en la administración del negocio ya sea para una o varias operaciones, debe informar oportunamente, y el partícipe tiene a su vez la obligación de no intervenir, en la propia negociación y administración del gestor. Lo que nos indica que durante la existencia del contrato no hay propiamente una entrega de cuentas, sino que solo hay una información, tanta como la literalidad del término nos permita, es decir que depende de la condiciones de los

celebrantes, en su sentido personal como presentan la información relativa a la negociación.

1.1.4. Naturaleza jurídica del contrato de Cuenta en Participación.

el objetivo de entender la naturaleza jurídica es poder apreciar a esta figura jurídica desde su sentido original y así poder dar un tratamiento y estudio correcto a su finalidad y a las obligaciones que debe cubrir cada una de las partes.

“De la notas expuestas y del contenido del contrato (del que nos ocuparemos a continuación) se infiere su naturaleza jurídica, la cual debe esclarecerse con el fin de diferenciarlo de otras figuras contractuales a fines e, incluso, para completar en caso de necesidad su régimen jurídico en lo no expresamente previsto por el Código. Para ellos es necesario resaltar dos circunstancias especiales que concurren en este contrato: las cuentas en participación no producen la aparición de un patrimonio en común entre gestor y partícipe, por que las aportaciones de este ingresan en el patrimonio del aquel que adquiere su titularidad. Así lo afirma la doctrina (FERNÁNDEZ - NÓVOA) y lo reconoce la jurisprudencia (sents. De 10-XII-1946 y 8-III-1957), aunque alguna sentencia afirme, inexplicablemente, que le son aplicables las normas de la comunidad de bienes (sent. De 3-V1960); y, además, las cuentas en participación no son susceptibles de generar la aparición de personalidad jurídica alguna, como se desprende de los artículos 240, 241 y 242 del Código de Comercio. Todo ello permite afirmar que las cuentas en participación no constituye un contrato de sociedad irregular, porque en ellas faltan los requisitos de los artículos 116 del Código de Comercio y 1665 del Código Civil. Ni tampoco un contrato de naturaleza asociativa, porque si bien en ellas existe una comunidad de fin entre gestor y partícipe (obtener y repartir beneficios o soportar las pérdidas), carecen de dos requisitos esenciales de las figuras asociativas: un patrimonio común y una organización colectiva que como tal, e integrada por derechos y obligaciones de base colectiva, se manifiesten externamente a terceros. Entendemos por ello que esta figura contractual, constituye un contrato de colaboración o cooperación económica entre el

gestor y los partícipes, ligados ambos por una comunidad de fin y de intereses, lo que la aproxima a la sociedad sin que pueda identificarse con ella.”⁸

1.1.5. La aportación.

Las participantes que convienen para contribuir con los objetivos que se planteen en el contrato, pueden consistir en capital o bienes, para tal caso los bienes y el capital se integra al patrimonio del gestor y se confunden entre ellos, ya que la actividad de manera externa implica el mantener oculto a los partícipes y la parte de su patrimonio que decidieron arriesgar a fin de participar en una negociación y obtener una participación en sus resultados y lógicamente pretende sean favorables.⁹

Una de las consecuencias mas importantes de la aportación y la firma de contrato es el hecho de recibir un beneficio y por esta razón se debe dejar sin efectos o tener como nulo el pacto de excluir a un partícipe de los resultados, de la negociación sea una o varias. Y este resultado debe ser cuantificado en base a las cuentas que se deberá realizar al final de cada ejercicio anual.

1.1.6. Características principales del Contrato de Cuentas en Participación.

Una de las características que se deben destacar por su importancia en este contrato de cuentas en participación, es la falta de creación de una personalidad jurídica, diferente a la de los socios, ni se adopta una razón social, sino que funciona con la personalidad que cuenta el gestor es decir que es él quien realiza las funciones que son propias para la realización del comercio, de igual forma es quien se obliga con los terceros que participan de manera externa ya materia de comercialización.

*“Las Obligaciones que se generan en este contrato, las podemos clasificar en dos apartados, A) las obligaciones **internas** que se generan entre*

⁸ BROSETA PONT Manuel. Op Cit p. 347

⁹ Vid. BROSETA PONT. Manuel Op. Cit. p. 344.

el partícipe o partícipes y el gestor; y B) las **externas** que se generan como consecuencia directa de de la realización del comercio.

Por lo que las **internas**; podemos decir que son las que nos ocupan, ya que son las que son materia del contrato y que son las que norman el procedimiento de las partes que lo firman, desde su nacimiento hasta la total y definitiva conclusión ya sea normal o extraordinaria, del esta figura.

1. La primera obligación que lógicamente que incumbe al gestor es la de continuar –o acaso iniciar- la explotación de la empresa en el supuesto que la cuenta en participación se refiera a todas las operaciones de la empresa y no a una determinada.
2. El gestor tiene la obligación de emplear la aportación del partícipe de manera adecuada a la naturaleza y finalidad del negocio.
3. El gestor no puede transformar por su sola voluntad el objeto de la empresa.
4. Del mismo modo le esta prohibido al gestor enajenar su empresa sin consentimiento del partícipe.
5. También le esta prohibido al gestor detraer elemento de la explotación de su empresa para llevarlos a otra, aun que estos elementos no sean aportados por el partícipe (en el caso de que la aportación de estos no sea dineraria).
6. finalmente, el gestor no puede establecer otra empresa de objeto similar siempre que el establecimiento de la nueva empresa tenga como consecuencia la desaparición o disminución de la productividad de la empresa objeto del contrato de cuenta en participación.”¹⁰

En relación a las obligaciones que hemos identificado como **externas**, (es decir las que realiza el gestor como consecuencia de la celebración del contrato, y tienen por objeto el cumplimiento del fin mercantil), podemos mencionar que estas son de muy diversa naturaleza y que depende cada una de la propia naturaleza de la acción de comercio que se lleve a cabo,

¹⁰ GARRIGUES. Joaquín, Op cit p. 60, 61.

por lo que nos limitaremos a decir que estas se integran entre el gestor y los terceros, es decir con los que se tiene que comerciar, para poder cumplir con el objeto fin del contrato (la especulación comercial), solo hay una forma en que se integre los elementos para que nazca una relación jurídica entre el tercero y el participe y es mediante una formal cesión de derechos.

1.1.7. Formas de terminación de los contratos de Cuenta en Participación.

1. El mutuo acuerdo, que puede manifestarse expresa o tácitamente.
2. El transcurso del tiempo fijado en el contrato, siempre que no medie un acuerdo tácito o expreso de prórroga.
3. denuncia del contrato por uno de los contratantes, el derecho de denuncia puede ejercerse libremente cuando el contrato no se pacto con duración definida. Pero no ha de mediar la mala fe. Cabe aplicar por analogía lo dicho sobre la denuncia del contrato de una sociedad de tipo personalista, dado que en el orden interno es grande la semejanza entre la cuenta en participación y esa clase de sociedades.

Aun que el contrato tenga una duración limitada, también puede ejercer el derecho de denuncia o de rescisión en nuestra terminología legal, si ocurre una causa justificada. Aquí puede aplicarse, *mutatis mutandis*, lo dicho sobre los supuestos de rescisión parcial del contrato de colectiva o comanditaria.

4. La conclusión de la empresa que constituya el objeto de la cuenta en participación. A este supuesto pertenece la cesación y la enajenación del negocio mercantil del gestor.
5. La muerte del comerciante gestor, si no contiene el contrato pacto expreso de continuar en la cuenta en participación los herederos del difunto. La muerte del participante no extingue el contrato, el cual subsistirá con los herederos suyos.

6. La quiebra del gestor. La simple suspensión de pagos no es causa de extinción, por que las operaciones pueden continuar bajo el control de los interventores judiciales.¹¹

Cabe destacar que la suspensión de pagos (en nuestro Derecho Positivo Mexicano, esta figura ha desaparecido siendo sustituida por el Concurso Mercantil), es una institución típicamente española, integrada por un conjunto de normas predominantemente procesales, a través de las cuales se trata de evitar la quiebra, previa paralización de las ejecuciones individuales.

Esta dirigido a la celebración de un convenio o acuerdo mayoritario entre el empresario y sus acreedores que deberá ser aprobado por el juez, y en la actualidad es el procedimiento concursal más importante.¹²

1.1.7.1. La Extinción o Liquidación.

Cada negociación necesariamente tiene un comienzo y un final, por ello es menester estudiar como es la forma por la que concluye este contrato, ahora para un mejor análisis debemos entender y plantear la forma jurídica correcta de finiquitar esta figura.

Liquidación: es el conjunto de operaciones de la sociedad que tiende a fijar el haber social divisible entre los socios. Consiste en percibir los créditos de la compañía y extinguir las obligaciones de la compañía según vayan venciendo.

En las sociedades capitalistas la liquidación se hace en interés de los acreedores, teniendo carácter coactivo las normas de liquidación, durante el periodo de la liquidación subsiste la sociedad y lo único que varia es el fin que ya no es la explotación del negocio mercantil sino la liquidación de las operaciones pendientes.

¹¹ GARRIGUES. Joaquín Op. Cit. p. 62

¹² DICCIONARIO JURÍDICO ESPASA. Op. Cit. p. 948.

“Termina la liquidación con la división del haber social, conforme a lo dispuesto en los estatutos (contrato) o en su defecto por la junta de socios (acuerdo de voluntades del gestor y partícipe). Se hace la división en dinero, abonándose a cada accionista la cantidad proporcional al importe nominal de sus acciones.”¹³

Pero en la cuentas en participación es mucho menos complejo que esto, ya que la propia liquidación lo que pretende es que la persona moral que se extingue o se liquida cumpla con sus obligaciones, y además de esto, debemos recordar en este contrato no se ha generado una nueva persona, es decir que no hay mas personalidad jurídica que la de los partícipes y gestor.

Por lo que, la mejor llamada extinción de este tipo de contratos, es la forma en la que desaparece, es decir que deja de funcionar el contrato o pierde su vigencia, pero para lo anterior debemos mencionar que hay formas de terminación de los contratos, normales y anormales.

Son formas de terminación normales de los contratos, aquellas que luego de seguir el procedimiento marcado o acordado por las partes cumple con el y que dicha terminación sobre viene a tiempo.

Son formas de terminación anormales de los contratos, las que no han sido previstas por las partes y que sobrevienen antes de la total conclusión de los objetivos planteados por el contrato.

1.2.1. Similitudes con el *Joint Venture*.

Los efectos de la globalización, en el mundo actual, sumado a las necesidades y a la constante inactividad de los mercados no solo de México sino del mundo, aunado a necesidad de comerciar por los particulares de cada estado nación han dado como resultado la creación de nuevas figuras jurídicas, ya que es preciso no mantener estáticos los mercados.

¹³ DICCIONARIO JURÍDICO ESPASA, Op. Cit. p. 588

La nueva oleada a consecuencias económicas y de mercado internacional, han presentado al mundo una nueva forma de realizar el comercio mediante riesgos compartidos, entre comerciante de distintas naciones.

Así, surge la figura la figura de la práctica norteamericana denominada *Joint Venture* o empresa conjunta, que por lo que el empresario extranjero se refiere, le permite aprovechar la materia prima y mano de obra barata, así mercados para la explotación de productos y venta de tecnología; y respecto al empresario nacional, dicha unión conjunta le permite un desarrollo compartido, adquirir tecnología de punta, y con el ingreso de inversión extranjera la generación de empleos y utilizaron de marcas y patentes entre otros beneficios.

Además, el esquema permite la comercialización y distribución de productos por medio de la asociación con empresas especializadas en diferentes rubros, o bien para crear nuevas líneas de productos utilizando la materia prima, tecnología y conocimientos de la empresa con la que celebra la *Joint Venture*.¹⁴

1.2.1.1. Origen del Joint Venture.

“Las palabras Joint Venture son abreviaturas de las expresión Joint Adventure, que aparece para denominar a la organización de los gentleman-adventures, quienes realizaban el comercio marítimo, en la época de la colonización británica de los nuevos territorios.

Por su parte, Martorell sostiene que el término Joint Venture se empleo en Escocia desde principios del siglo XIV, para designar una partnership, figura societaria en la que la responsabilidad de sus miembros se limitaba a la operación que habían decidido realizar, de acuerdo con Barbieri este es el origen de la figura.”¹⁵

¹⁴ CASTRILLON Y LUNA. Víctor M., Contratos Mercantiles, Ed. Porrúa México 2002. P. 463

¹⁵ DE LA MADRID ANDRADE Mario, El Joint Venture “Los Negocios Jurídicos Relacionados”, Ed. Porrúa, México 2007 p. 3

Como se conoce en la actualidad al *Joint Venture* es, en realidad una creación de los tribunales estadounidenses. Podríamos afirmar que son dos vertientes diferentes las que determinan, en este ámbito, el surgimiento del *Joint Venture* ambas características por su vinculación con el *partnership*, y la existencia del objeto específico, con efectos de la denominación que se le dio con este nombre.

“Hacia fines del siglo pasado dos comerciantes estadounidenses, Mr. Ross y Mr. Willet, decidieron comprar un cargamento de azúcar para venderlo y repartirse el sobre precio que esperaban obtener. En ese entendimiento Ross compró ese azúcar a nombre propio. Para decepción de ambos la oportunidad no era buena. Solo después de nueve años la azúcar pudo ser revendida, y con importantes pérdidas. Ross pidió a Willet que contribuyera su parte en estas, y como Willet no lo hizo lo demandó ante los tribunales de New York. Al resolver el caso, en 1894, estos dijeron: insiste el demandado en que ninguna Partnership existió entre él y Mr. Ross. Pero una Joint Adventure es una Partnership limitada, no limitada en cuanto a la responsabilidad, según el sentido legal de esta expresión, sino limitada en cuanto a su alcance y duración, y bajo nuestro derecho partnership y Joint Adventure están gobernadas por las mismas reglas.”¹⁶

Esta afirmación no era novedad. Pocos años antes en 1887, un tribunal en New York, había utilizado estas mismas palabras para resolver un caso similar.

Tampoco fue esa la primera aparición de *Joint Adventure*. Se le registra ya en 1808, y desde entonces y hasta 1887 aparece en otros fallos.

Afines del siglo pasado el avance es muy rápido, y en los repertorios se encuentran centenares de casos que se refieren a situaciones simples, como la compra de estampillas postales para reventa, hasta otras de mucha mayor

¹⁶ LE PERA, Sergio, *Joint Venture y Sociedad*, Cuarta Edición, Ed. Astrea, Buenos Aires Argentina 2001, P. 64.

complejidad, como los acuerdos de organización para la explotación de los yacimientos petroleros en Arabia Saudita.

El Joint Venture, puede ser y ha sido denominado de varias formas, y esto a favor de su origen, por lo que al tratar de homologarlo en el Derecho que es aplicado o en el que va a tener sus efectos, con el fin de darle una regulación adecuada, no solo a las reglas que establece el propio contrato, sino también para los casos de incumplimiento, ya que en nuestra legislación es un contrato atípico, se le debe de dar una clara adecuación a su naturaleza contractual y a las relaciones y consecuencias que genera la celebración de este contrato sociedad.

Del análisis literal del vocablo *Joint Venture* se puede concluir que la expresión no tiene fácil acomodo en nuestro vocabulario jurídico. La expresión *Joint* se traduce como asociado, coparticipe, conjunto, colectivo, mancomunado; la palabra *Venture* significa riesgo, aventura, ventura. De forma unida *Joint Venture* se entiende como riesgo colectivo, empresa colectiva, sociedad en participación, empresa común.¹⁷

En México las traducciones de los contratos de Joint Venture son variadas. Se le nombra como contrato de asociación en participación, de empresa mixta o de sociedad en participación, de empresa de capital mixto, sociedad de inversión mixta. Sin embargo las utilizaciones de estos términos pueden originar confusión. Por ejemplo, el termino de Asociación en Participación es aplicable a un contrato típico mercantil regulado por la LGSM (art. 252 a 258) y que no siempre produce el resultado y la relación jurídica que usualmente buscan las partes contratantes del *Joint Venture*. La Asociación en Participación es un negocio al que con frecuencia se acude, sobre todo en relación con la inversión extranjera (como una de las varias manifestaciones del *Joint Venture*), inclusive como forma de agrupación de empresas para el logro de una finalidad común. La expresión empresa mixta se presta a

¹⁷ ARCE GARGOLLO, Javier, Contratos Mercantiles Atípicos, Décimo primera Edición, Ed. Porrúa México 2005, P. 408.

confundirla con las sociedades en la que participan conjuntamente los particulares y el estado.

1.2.1.2. Concepto del *Joint Venture*.

a) “Una sociedad de personas o compañías que emprenden en conjunto alguna actividad comercial, generalmente todos aportan bienes y soportan los riesgos. Requiere una comunidad de intereses en el objeto, un derecho para dirigir y controlar las políticas con esté relacionadas, y un deber de compartir las utilidades y las pérdidas que puede ser modificadas mediante acuerdo.”¹⁸

b) Es una asociación de dos o mas personas para realizar una única empresa comercial con el fin de obtener una utilidad.

c) Un *Joint Venture* es una asociación de personas físicas o jurídicas que acuerdan participar en un proyecto común, generalmente específico (ad hoc), para una utilidad común, combinando sus respectivos recursos, sin formar ni crear una corporación o el status de una *partnership* en sentido legal, el cual acuerdo también establece una comunidad de intereses y un mutuo derecho de representación dentro del ámbito del proyecto, sobre el cual cada venturer ejercerá algún grado de control.¹⁹

d) El *Joint Venture* es cualquier asociación de personas para llevar a cabo una empresa particular que produzca utilidades, para lo cual ellos combinan bienes, dinero, efectos, experiencias y conocimientos. Un *Joint Venture* existe donde hay una especial combinación de dos o mas personas unidas conjuntamente para lograr utilidades en una empresa especificasen una sociedad o denominación de sociedad.²⁰

Con estas definiciones ya se puede iniciar con el trabajo de dilucidar el fondo de este contrato, por lo que hay diversos elementos que nos lo indican

¹⁸ DE LA MADRID ANDRADE Mario Op Cit. P. XVIII.

¹⁹ LE PERA, Sergio Op. Cit. P. 70.

²⁰ ARCE GARGOLLO, Javier Op. Cit P. 410

que es el *Joint Venture*, de entre los que se puede destacar la exigencia de que sea una asociación la que le da origen, para obtener fines específicos, a la existencia del carácter del fin común, que consiste precisamente en que los participantes o celebrantes tengan una misma dirección en base a sus prioridades comerciales, el hecho de asumir riesgos y pérdidas en términos de lo planteados por sus contratos, de igual forma la participación en la que se comprometen los denominados *venturer*, así mismo se plantea la idea sobre que se pueden ayudar mutuamente para la consecución de sus fines, por lo que también se plantea la idea que se trata de comercio internacional generalmente, y el hecho de que no se genera una persona distinta y que lo que le da origen jurídico es su naturaleza contractual

Por lo que se debe hacer una observación en razón a cuales son las ventajas para los celebrantes del *Joint Venture*; Para la parte extranjera pueden ser las siguientes:

1. el deseo de entrar en nuevos mercado, para compañías que están en mercados maduros.
2. la necesidad de ajustar las medidas económicas nacionalistas del país extraño. Las leyes locales exigen que los nuevos negocios participen y tengan injerencia en la administración los propios nacionales.
3. las necesidades de materia prima para el socio extranjero.
4. el deseo y el interés de compartir el riesgo económico de los nuevos negocios y aprovechar la experiencia del socio local en su medio.
5. tener una base para exportar en la región
6. vender tecnología al Joint Venture.

Las ventajas que pueden tener la parte o socio nacional en este contrato son:

- a. Compartir el riesgo en una nueva operación o área del negocio de la empresa.
- b. Lograr una inversión extranjera que incremente el capital necesario para el negocio particular o sociedad.
- c. Hacerse de una tecnología más eficiente.
- d. Obtener financiamiento y recursos con mejores condiciones que las del mercado.

- e. La posibilidad de tener nuevos negocios, la capacitación y aprendizaje de técnicas más avanzadas en todos los campos de la empresa, la compra de materias primas y maquinaria a precios más bajos, la obtención de nuevos productos, la posibilidad de exportar.
- f. Una desventaja para el socio nacional puede ser la pérdida de control en el manejo del negocio.²¹

Además de lo expuesto en lo que resalta que el *Joint Venture*, es un contrato, que es utilizado para expandir negocios y que ambas partes hacen una aportación de distinta índole y por tanto tienen un beneficio que ya se han mencionado, también es preciso aclarar que el *Joint Venture* se puede utilizar para resolver problemas interiores de la empresa, tales como la distribución, comercialización explotación, y técnicas de producción, por lo que este contrato nos sería de gran utilidad en resolución de problemas específicos.

Y no podemos dejar de anotar que también es posible utilizarlo en una reestructuración de una empresa o para mejorar las condiciones de la venta de cualquier negocio, ya que las ventajas que ofrece este contrato *Joint Venture* son muy variadas, y es de entender la razón por la que no tiene una regulación tan específica y su historia es tan inverosímil pues su propia definición es compleja ya que su abanico de posibilidades y la maleabilidad (el sentido mediante las cláusulas), de su contenido son de un bagaje bastante amplio.²²

1.2.1.3. Elementos personales del contrato de *Joint Venture*.

Las partes que intervienen en este contrato pueden ser de dos o más y, según el objeto del *Joint Venture* se les puede denominar promitentes, venturers, asociados, socios y cuando son sociedades controladoras o accionistas de una sociedad *Joint Venture*, parents o padres.²³

²¹ Cfr. ARCE GARGOLLO, Javier Op. Cit P. 411.

²² Cfr. ARCE GARGOLLO, Javier. Op. Cit P. 410 - 411.

²³ ARCE GARGOLLO, Javier Op. Cit P. 416

Las partes requieren de la capacidad general para contratar, aun cuando para la celebración del contrato definitivo alguna de las partes, por ejemplo el contratante extranjero, tenga limitaciones legales para ser socio o accionista por una inversión mayor al máximo permitido por la LIE para una determinada actividad económica. En otros casos, se requerirá de la Comisión de inversión extranjera la autorización correspondiente (art. 8° LIE). Debe distinguirse la capacidad para celebrar el contrato de *Joint Venture*, que tiene carácter de preparatorio, y la capacidad requerida para los actos jurídicos definitivos, por ejemplo la constitución de una sociedad anónima.

Me resulta necesario externar mi opinión sobre el carácter de preparatorio, que refiere el autor Arce Gargollo, en la cita anterior, ya que bajo mi criterio no lo es, sino que es un contrato base, que si bien el hecho generador no es una constitución de una sociedad, también lo es que la ley no lo ha tipificado como sociedad, sin embargo la propia esencia de las sociedades es un contrato. Y más que ello el propio contenido del mismo, nos indica su definitividad, ya que el contrato preparatorio es solo una promesa de ejecutar o abstenerse de realizar algún acto que esta sujeto a condiciones que pueden variar de acuerdo a las necesidades y exigencias de los celebrantes.

Por lo que la diferencia de los contratos preparatorios y definitivos, es el consecuencia jurídica y su alcance ya que mientras que un contrato preparatorio, solo hace una especie de apartado o prepara o adelanta sus intenciones sobre un tema en específico, dirigido al que es capaz y tiene la personalidad para considerar esa propuesta; el definitivo ya materializa aun que en un campo abstracto las condiciones bajo las que se contrata, por lo que se fijan las reglas básicas sobre las que se ha de cumplir con el contrato que se está celebrando.

De igual forma el *Joint Venture* ya plantea la operación y la forma en la que ha de darse pleno cumplimiento al contrato, ya que fija desde la aportación, hasta las metas que se pretenden alcanzar, pasando por el procedimiento, que debe tener cada una de las partes, y el ámbito al que debe

fijarse su atención, la obligaciones, términos condiciones, la administración del negocio de quien es competencia, y en general los medios que se tienen para cumplir el contrato.

De tal suerte que a la firma del *Joint Venture*, podríamos decir que se ha formado una sociedad que no le reconoce la Ley mexicana ese carácter, ya en términos estrictos, la constitución de una sociedad es un pacto sobre el como es que quieren realizar un negocio. Por su parte el *Joint Venture* es en el mismo sentido, mediante un contrato se pacta como es que se quiere explotar un negocio, solo que este último carece de los atributos de la personalidad, o no los posee de la misma manera que una sociedad.

No está en discusión si el *Joint Venture* es una sociedad o no, sino es el hecho de que es un contrato definitivo o preparatorio, lo que ahora nos ocupa en este comentario, por lo que me hago participe que es un contrato definitivo. Con proporciones de diversa magnitud que nos complica analizar su aplicación en sus diversas facetas. La primera de las diferencias que podemos notar entre estos dos contratos es en relación a su origen y su primera luz a la vida jurídica; por lo que hace a la Asociación en Participación, como ya hemos mencionado tiene su antecedente en el contrato de cuentas en participación del derecho español, y esta a su vez lo tiene en la *Commenda* del derecho italiano, y en este sentido es o tiene una tradición latina del Derecho, misma que es semejante al nuestro.

Ahora el contrato de *Joint Venture*, tiene un origen un tanto mas complicado y hay opiniones divididas, sobre su nacimiento como ya ha quedado apuntado, algunos tratadistas mencionan que su origen lo tiene en la práctica procesal del derecho Estadounidense, y otros afirman que se encuentra en la época de colonización Británica, en cualquiera que sea el caso que refiera el verdadero origen de esta figura; lo que debemos hacer notar que ambas pertenecen eminentemente del llamado *common law*, o del derecho anglosajón.

Ésta es la primera gran diferencia, que ambas nacen bajo conceptos diferentes del Derecho, y que por tanto tiene una aplicación de distintos preceptos jurídicos, desde la forma de aplicación hasta la forma de resolver la conflictiva social, por ejemplo una de ellas resuelve las controversias en base a la tradición. La analogía mediante un antecedente; y la segunda lo hace en base a leyes, interpretación y análisis de un conjunto de hechos, de la misma forma una le corresponde el derecho consuetudinario y otra un derecho eminentemente escrito.

En el caso del Joint Venture, no hay cabida para un socio oculto, ya que las negociaciones y comercio, siempre pretenden fines muy específicos y determinados, además de ello cada uno de los que participan en el Joint Venture pueden hacer gestiones y condensar sobre la administración y no solo una especulación comercial, como es el caso de la asociación en participación.

Ahora bien el *Joint Venture*, en las obligaciones y responsabilidades son compartidas, ya que no hay un socio oculto por ser una de sus estipulaciones, para la Asociación en Participación, las obligaciones y responsabilidades son únicamente para quien administra el negocio (asociante), del mismo modo que lo son para el contrato de Cuentas en Participación, que en su caso es el gestor, pues el que administra el negocio es el único que participa en las relaciones externas.

En la Asociación en Participación las relaciones que se generan ya sea entre los celebrantes y el tercero, giran en un eje que es precisamente el asociante y las obligaciones y responsabilidades no se mezclan entre el asociado y el tercero con quien realiza su objeto materia del contrato el asociante, mientras que para el caso del *joint venture* si ya que al haber obligaciones conjuntas si existe relación de obligaciones y responsabilidades entre los contratantes en el *Joint Venture* y el tercero. En este sentido los venturer quedan obligas de manera solidaria e ilimitada aun que subsidiaria.²⁴

²⁴ Vid. DE LA MADRID ANDRADE, Mario Op. Cit p. 66.

En la Asociación en Participación, la administración corresponde única y exclusivamente al asociante y tiene una prohibición tácita el asociado para intervenir en la administración del negocio, por lo que solo tiene la obligación de realizar su aportación del modo y mediante las condiciones que se establecieron en el contrato, en sentido contrario en el *Joint Venture*, la administración es compartida, por lo que cada socio o *venturer* tiene la libertad de gestionar a favor de la consecución del fin determinado.

Otra diferencia de gran magnitud que debemos apuntar, sobre la Asociación en Participación, y el *Joint Venture* es lo referente a la transmisión de la propiedad, mientras que en la Asociación en Participación, mediante la firma del contrato, se entiende que la aportación se transmite automáticamente al patrimonio del asociante en el *Joint Venture* no, pues la creación de la llamada empresa conjunta cada parte conserva la titularidad de las aportaciones.

En relación a las pérdidas, en su caso, la asociación en participación, por disposición legal de (LGSM art. 16 y 259) dicta las reglas para la repartición de ganancias y pérdidas, además dando la posibilidad de estipulación en contrario en la medida que lo convengan los celebrantes, en el *Joint Venture*, al no ser una cuestión esencial puede pactarse la exclusión de pérdidas de alguno de los que participen en este contrato.

Por último podemos decir que el contrato de Asociación en Participación es un contrato definitivo, ya que es creado solo para un fin específico y perfectamente determinado, mientras que el contrato de *Joint Venture*, tiene diferente connotación, ya que puede ser preparatorio, marco, normativo o definitivo, pues su finalidad es distinta como lo he afirmado cuando mencione que no solo sirve para explotar una negociación o empresa, sino que también puede ser utilizado para reestructurar o para mejorar las condiciones de un negocio futuro, por lo que pueden surgir a razón de éste diversos convenios o contratos.

1.2.1.4 Naturaleza del *Joint Venture*.

Es preciso aclarar que la naturaleza de cada institución o figura, es el tronco común del que emergen, por tanto con la que cuentan con mayor semejanza, por ello que también de esta forma se heredan características y condiciones, además de objetos o fines, que son propiamente esas características las que nos permiten desentrañar la propia naturaleza y los elementos y peculiaridades de cada institución que decidimos estudiar.

Es por ello que la en una misma figura se pueden tener varias naturalezas sobre todo cuando se trata de una figura compleja y de difícil determinación, basada en que hay una variedad de formas de utilización, así como de aplicación a un nivel práctico.

Es de esta forma en la que podemos plantear la naturaleza del *Joint Venture*, como una naturaleza mixta y de considerable complejidad:

- a) Como un contrato asociativo, ya que para los efectos de nuestra legislación, no se trata de una figura societaria, pero si del acuerdo de varias personas para formar una empresa común, que tenga un fin determinado, sin adoptar una personalidad jurídica diferente, ni tampoco una razón social o denominación.
- b) Como un contrato de colaboración, ya que pretende hacer una relación en la que cada una de las partes realizan actos de manera recíproca para la realización de un fin común, para obtener una contraprestación.
- c) Como un contrato de organización. Pues la forma de conseguir su contraprestación y el objeto o fin que da lugar a ésta, es mediante una correcta organización y plantación adecuada del la forma de cumplir con su parte.
- d) Como un contrato plurilateral funcional, ya que para la celebración de este contrato, participan mas de dos personas en la celebración, aun que no todos los celebrantes persigan el mismo fin de manera mediática, pero si el mismo fin común.

- e) Como un contrato de empresa, ya los participantes pretenden formar una empresa. Desde el punto de vista económico, ya que hay una identidad entre sus objetivos y pretenden tener un beneficio durante la implementación de la empresa.
- f) Como un contrato *intuitu personae*, debido a que este tipo de contratos se realizan en atención a la honorabilidad de las personas, así como a sus características personales entre las que destaca la lealtad, tan es así que para la admisión de nuevos *venturers* a formar parte de este contrato, debe ser aprobado su ingreso por la mayoría de los socios.
- g) Relación fiduciaria esta va en función directa con los miembros de este contrato, ya que se realiza en razón a las personas que lo integran (*intuitu personae*), pues la honorabilidad que debe haber entre los *parteners*, debe ser tan cuidadosa y minuciosa, que no afecte al resto de los miembros toda vez que podría dar lugar a una competencia desleal. En consecuencia entre los celebrantes del *Joint Venture*, debe haber lealtad, buena fe, fidelidad e integridad a fin de permitirse cumplir con su fin. Además debemos recordar que el *Venturers* esta impedido a utilizar recursos sean materiales, de conocimiento, de relaciones personales, o de cualquier tipo; que pertenezcan a la empresa para obtener un beneficio para si.²⁵,
- h) Contrato de duración, ya que este tipo de contratos no se perfeccionan y cumplen con su objeto en un solo momento, sino que se requiere generalmente de un periodo largo para la consecución de su fin común, hay que hacer la distinción con los contratos de tracto sucesivo, puesto que mientras estos se dan sus efectos momento a momento, prolongándose en el tiempo y por tanto en el espacio, en lo relativo al contrato de duración, refiere a la temporalidad que tiene este contrato como vigencia, y que si se tratare del mejoramiento de una empresa su fin común.

Sin embargo de los argumentos esgrimidos con anterioridad, se debe atender a la propia naturaleza de esta figura. Por lo que creemos que su

²⁵ Vid., LE PERA, Sergio, Op. Cit. p. 77

verdadera naturaleza jurídica la encontramos o podemos definir como, naturaleza contractual.

Ya que el principal o hecho genera las relaciones, como el acto que legalmente desencadena todas las actuaciones, que se han pactado, es eminentemente un contrato, por lo que su naturaleza la podemos esclarecer de esta forma.

Ya que no es su fin primordial el crear una personalidad jurídica diferente a las de los *venturers*, aún que debido a su actividad o llevar a cabo su objeto común, ocasionalmente puede ser necesario crear una sociedad dotada de personalidad jurídica.

Aún que tenga semejanzas con el contrato de Asociación en Participación, y que en materia de la propia homologación del *Joint Venture* al Derecho Mexicano; se haga la similitud con este mismo contrato, lo que plantea la Asociación en Participación es la celebración de un negocio para obtener un beneficio, en consecuencia no crea una figura distinta con personalidad jurídica, ya que por ministerio de ley se prohíbe expresamente.

Pero hay que aclarar que el *Joint Venture*, no es acertado siempre compararlo con una Asociación en Participación, pues este contrato de acuerdo a la gama de posibilidades que ofrece puede tener connotaciones distintas, pero también es cierto que se puede asimilar en ciertos casos tantos como sea permitido por el propio contenido del contrato.²⁶

Tampoco plantea el *Joint Venture* una fusión, ya que el planteamiento claro de la figura de fusión es que las empresas que pretenden llevarla a cabo desean confundir sus patrimonios para formar una nueva sociedad con personalidad jurídica y todos sus atributos, en este sentido el *Joint Venture* no ya que lo que pretende es en la mayoría de los casos es mejorar una empresa o explotarla, sin la creación de una sociedad.

²⁶ Vid. ARCE GARGOLLO, Javier Op. Cit. P. 426.

Hay que ser muy puntuales y hacer notar que el *Joint Venture*, no constituye un antecedente certero de la Asociación en Participación, pero si es un contrato con ciertas similitudes y desde luego diferencias, es por ello que hicimos un estudio sobre las partes de este contrato (*Joint Venture*) lo que permite mostrar las similitudes que he sostenido; además de lo ya mencionado también hay que decir que este contrato, al llegar a México como nación, su regulación en algunos casos ha sido mediante la Asociación en Participación la que se ha tratado de homologar, por las similitudes que se han mencionado, pero no siempre será así, ya que como hemos referido el *Joint Venture* puede tener diversas facetas, que dependen netamente de su fin común y de las necesidades, para la consecución de su objeto.

CAPÍTULO II

LA TEORÍA CONTRACTUAL.

La teoría contractual es de vital importancia ya que es el elemento que nos permite tener un criterio lo suficiente amplio para analizar un contrato, independientemente del contenido del contrato de que estemos haciendo referencia, así mismo nos proporciona los elementos que con los que debe contar esta figura, para su plena existencia validez y eficacia, del contrato en estudio, no solo como un acto jurídico, sino como un instrumento de derecho, que nos permitirá tanto la consecución de los fines que persiguen los contratantes, como evitar los conflictos jurídico sociales en el momento que se pretenda realizar el contrato; por lo que trataremos de incluir los elementos necesarios para el correcto estudio y análisis de los contratos en general para luego poder estar en aptitud de aplicarlos a la Asociación en Participación; y entender su naturaleza y funcionamiento.

2.1. El deber jurídico y la obligación.

En este sentido debemos de entender que el deber jurídico es: *“La necesidad de observar voluntariamente una conducta, conforme a lo que prescribe una norma de derecho, ya en favor de la colectividad, ya de persona determinada”*²⁷

Por lo que se debe inferir varias cuestiones en torno al deber jurídico, se encuentra en el mundo del deber ser, es decir que interviene el carácter interior de cada una de las personas sobre el si desean o no desean cumplir, cabe aclarar que este deber jurídico se encuentra normado en la medida de las disposiciones legales, ya que todas las personas poseen este deber de cumplimiento, ya sea en mayor o en menor medida, por lo que hace al carácter de su ámbito de cumplimiento, depende de cada norma en específico sobre la que haya que tener un deber jurídico.

²⁷ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ. Ernesto, Derecho de las Obligaciones, Décima segunda Edición, Ed. Porrúa México 1997, P.42 – 43.

Pero hay que mencionar que para el deber jurídico aun no ha nacido la obligación, pues este deber jurídico es evidentemente una cuestión ética, pero no una cuestión de Derecho. Por lo que se hace importante el puntualizar el hecho que el deber ser es un mundo que tiende a la utopía, ya que si el mundo del deber ser fuera pleno y tuviera un verdadero eco en cada individuo el Derecho solo existiría para darle la medida al deber jurídico, en consecuencia no existiría la demanda de prestación determinada, por tanto no se tendría que actualizar los supuestos jurídicos y al Derecho le causaría un estado de estaticidad.

Por su parte la obligación: “Es la necesidad jurídica de mantenerse en aptitud de cumplir voluntariamente una prestación de carácter patrimonial (pecuniaria o moral) en favor de un sujeto que eventualmente puede llegar a existir, y si existe aceptar.”²⁸

Por lo que la obligación es un vínculo jurídico que nos une y nos constriñe a pagar prestación determinada, en este sentido podemos decir que la obligación es plenamente exigible, que ya se ha actualizado el supuesto que genera la exigibilidad, y no mediante un cumplimiento únicamente voluntario, sino que mediante un procedimiento respectivo es decir es posible demandar su cumplimiento. Y que se transgredido el mundo del deber ser y se ha llegado al mundo jurídico.

Esta es la verdadera razón de la existencia de las normas jurídicas ya que ante el incumplimiento, se puede solicitar del cumplimiento ya sea de una o varias prestaciones, de acuerdo a la necesidad y exigencias del propio hecho generador de la obligación, que ante la jurisdicción del estado se demanda el cumplimiento de prestación o prestaciones determinadas, aun el cumplimiento sea de manera voluntaria, por los procedimientos de ley como el allanamiento²⁹ o por el cumplimiento forzoso, mediante la ejecución de una sentencia firme.

²⁸ Ibidem GUTIERREZ Y GONZALEZ. Ernesto, P. 46 – 47.

²⁹ Entendido el allanamiento: la subordinación del interés ajeno al interés propio, lo que pone fin a la *litis* o la controversia legal.

Luego entonces la obligación y el deber jurídico, son conceptos similares lo que los separa es el hecho de la actualización de un supuesto que da origen a solicitar el cumplimiento, por lo que como consecuencia lógica, uno se encuentra en el deber ser y el otro en un mundo fáctico del ser. Señalemos que ambos pueden ser muy evolucionados tanto como lo sea su sociedad, pero que es necesario continuar con la posibilidad de dar cumplimiento mediante la solicitud o demanda, ya que es el aparato coercitivo del estado quien puede obligar al cumplimiento de la prestación sea o no voluntario por del acreedor.

2.2. ACTO JURIDICO Y HECHO JURIDICO.

El acto jurídico es la manifestación de voluntad de una o más personas, encaminada a producir consecuencias de derecho (que pueden consistir en la creación, modificación, transmisión o extinción de derechos y obligaciones) y que se apoya para conseguir esa finalidad en la autorización que en tal sentido le concede el ordenamiento jurídico.

Por lo que un acto jurídico puede tener diversas traducciones, como la celebración de un contrato, o de un matrimonio, o la redacción de un testamento, pero este acto necesariamente debe ser entendido como un acto es decir un materialización de un procedimiento, con el ánimo de crear consecuencias ya sea para una persona o para varias, pero siempre con los requisitos preescritos y solicitados en términos de ley.

El hecho jurídico: debe ser entendido como: todo aquel acontecimiento del hombre o de la naturaleza, que produce consecuencias jurídicas o de derecho, podemos considerar que los actos jurídicos constituyen una especie o categoría dentro del conjunto de los hechos jurídicos, dado que estos últimos son todos aquellos acontecimientos que el orden normativo toma en consideración para atribuirles efectos de derecho (es decir son los sucesos que en el mundo fáctico realizan las hipótesis contenidas en las normas jurídicas).

Por lo que debemos destacar que el hecho jurídico, es de mayor amplitud, al considerar tanto el elemento de la voluntad humana para la

persecución de consecuencias, como al elemento natural, ya que si bien es cierto no depende de la voluntad humana, en ocasiones este también crea consecuencias jurídicas.

De lo anterior escrito sobre los actos y hechos jurídicos, podemos decir que hay factores de los cuales no se puede prescindir, ya que con la ausencia de uno de ellos no se tendrá un acto o hecho jurídico, solo se tendrá una propuesta, o un acto viciado como veremos adelante.

Los elementos a los que nos queremos referir son a) un factor interno de cada persona, que radica en su psicología, es decir el querer interno que le propone y obliga a un determinado sujeto a la celebración de un acto, en un sentido personal que nos indica que debemos realizar un acto. Y

b) un factor jurídico, que les permita la celebración, ya de una forma con ciertas modalidades o de otra con el solo querer interno y con las libertades que determine la propia norma, aclarando que en algunos casos no es de vital importancia la norma para regular una conducta en el sentido que proporcione un procedimiento específico y detallado para llevar un acto a cabo, sino que solo hace falta que no prohíba o que solo sea permisiva y en último caso hasta omisa para poder celebrar un acto, toda vez que lo que no está expresamente prohibido está permitido.

2.3. ELEMENTOS DE EXISTENCIA.

Los elementos de existencia de los actos jurídicos son de vital importancia para los contratos ya que este contrato necesariamente es un acto jurídico y requiere de estos para su existencia, la pena que obtienen estos actos por la falta de alguno de sus elementos es la inexistencia o nulidad, pero esto no necesariamente significa que todos los actos jurídicos sean contratos, lo que es correcto afirmar es que este es una de las principales fuentes de las obligaciones, de igual forma en la que pueden ser: **la declaración unilateral de la voluntad; enriquecimiento ilegítimo; gestión de negocios; hechos ilícitos, y la responsabilidad objetiva**, solo que para

los efectos de la presente tesis nos fijaremos en el estudio de contrato como acto jurídico.

2.3.1. El consentimiento.

En este orden de ideas hay que entrar al estudio del consentimiento como uno de los elementos de existencia de los contratos. Debemos decir que **el consentimiento** es: *“el acuerdo de dos o mas voluntades sobre la producción de efectos de derecho y es necesario que el acuerdo tenga una manifestación exterior, o dicho de en forma mas amplia, que sirve para el contrato y el convenio: ES EL ACUERDO DE DOS O MAS VOLUNTADES QUE TIENDEN A CREAR, TRANSFERIR, CONSERVAR, MODIFICAR O EXTINGUIR, EFECTOS DE DERECHO, Y ES NECESARIO QUE ESAS MANIFESTACIONES TENGAN UNA MANIFESTACION EXTERIOR.”*³⁰

En este sentido, nos es claro que el consentimiento se integra por una oferta, seguida de la aceptación, bajo las modalidades que la ley preceptúa, de esta forma es como lo estipula el Código Civil Para El Distrito Federal en su artículo 1807

“El contrato se forma en el momento que el proponente reciba la aceptación, estando ligado por su oferta según artículos procedentes”

Por lo que nos es evidente que al formarse el contrato, por ende se ha perfeccionado el acto jurídico traducido como contrato. De la misma forma el ordenamiento citado (Código Civil Para El Distrito Federal), nos refiere en su artículo 1803, que el consentimiento puede ser de dos formas.

“el consentimiento puede ser expreso o tácito. Es expreso cuando se manifiesta verbalmente, por escrito o por signos inequívocos. El tácito resulta de hechos o actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo, excepto en los casos en que por la ley la voluntad deba manifestarse expresamente.”

³⁰ Ibidem GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto P. 249.

En este sentido la oferta o invitación debe ser entendida como: *“la declaración unilateral de voluntad, dirigida por una persona a otra, y en virtud de la cual la primera manifiesta su intención de considerarse obligada, si la otra parte acepta.”*³¹

Además de ello la oferta puede ser a persona determinada o entre personas no presentes, cuando se trate de la oferta a persona determinada, el oferente se encuentra ligado a sostener su oferta en el momento y hasta que el invitado no la acepte, pero es necesario notar que no se requiere solo la intención, para el perfeccionamiento del acto jurídico denominado contrato, sino que se requiere la firme decisión del invitado, es de notar que esta forma de exteriorización de la voluntad ya era conocida en el Derecho Romano, ya que distinguían una intención de una aceptación, en los mismos términos que hoy prescribe nuestro Código Civil Para El Distrito Federal.³²

Cuando la oferta sea entre no presentes las reglas del Código Civil Para El Distrito Federal en su artículo 1806. otorgan un termino para la aceptación *“Cuando la oferta se haga sin fijación de plazo a una persona no presente, el autor de la oferta queda ligado durante tres días, además de la ida y vuelta regular del correo público, o del que juzgue bastante, no habiendo correo público, según las distancias y la facilidad o dificultad de las comunicaciones.”*

De lo que se desprende que es necesaria la actualización del Código Civil Para El Distrito Federal, ya que este Código Civil fue de competencia federal, pero ya no lo es, solo que aun conserva algunos rasgos que no han podido ser replanteados, pero como es un supuesto y en este caso no se actualizara no es de vital importancia para la aplicación, pero en otro sentido en cuanto imagen si lo es, ya que deja mucho que desear de los que nos representan, y da mas que pensar al exterior de esta demarcación.

³¹ GAUDAMET, Eugene, Teoría General De Las Obligaciones. Tercera Edición, Ed. Porrúa México 2000, P 50.

³² VID. GORDILLO MONTESINO. Roberto Héctor, Derecho Privado Romano Ed. Porrúa, P. 137.

Por otra parte entraña el espíritu de este supuesto la tolerancia para la aceptación a la invitación u oferta, ya que la idea es que cuando menos sea un tiempo razonable el que medie entre la oferta y en su caso aceptación, mismo que consiste en el camino de ida y regreso; desde mi particular punto de vista este supuesto ha quedado en desuso debido a la tecnología con que se cuenta en nuestro país, pues la respuesta sobre la aceptación es mucho mas ágil que lo que se da por correo.

La doctrina nos ofrece una posibilidad mas sobre la oferta ya que puede ser hecha para el público en general, quien se propone celebrar un contrato con otro, puede dirigir su oferta o propuesta a persona determinada o bien al público en general (*incertam personam*). Pero las legislaciones positivas no afrontan con criterios uniformes tales posibilidades. Desde el punto de vista doctrinario, tampoco se manifiestan concordes opiniones.

“En contra de las posibilidades de dirigir ofertas a personas inciertas se aduce la dificultad que se plantearía en el supuesto que varios destinatarios aceptaran simultáneamente la oferta y el oferente no pudiera satisfacerlos por haberse agotado la mercancía o el servicio ofrecido.”³³

En este sentido hay que entender que es posible la propuesta anterior ya que en materia de comercio esta es una práctica frecuente, sin embargo, podemos decir que cuando se trata de un artículo sin relevancia y que es fácil encontrar en otro lugar los aceptantes o candidatos a expresar su aceptación, por comodidad prefieren acudir a un lugar distinto y no reclamar mediante un procedimiento judicial. De lo que no cabe duda es que es un supuesto interesante y cotidiano.

³³ FONTANARROSA. Rodolfo O. Derecho Comercial Argentino, Cuarta Edición, Ed. Víctor P. de Zavalia, Buenos Aires Argentina 1972 P. 67.

2.3.2. El Objeto.

Entremos al segundo de los elementos de existencia de los actos jurídicos mismo que se denomina **el objeto**, hay que ser muy atentos en este sentido ya que al tratar de describir el objeto, como uno de los elementos de existencia de los contratos podemos cometer errores, sin embargo hay que distinguir que este objeto en materia contractual, se debe apreciar que hay una clara división, en la que por una parte encontramos el objeto directo del contrato, en el sentido del contrato sobre creación y transmisión de derechos y obligaciones consecuentemente en el otro hallamos al objeto indirecto del contrato, que es la conducta de dar, hacer o no hacer, misma que concuerda con el objeto de la obligación.³⁴

En este sentido hay que afirmar que a pesar de ser muy similares, mientras el objeto de la obligación solo contempla el supuesto sobre la producción de consecuencias jurídicas, en las modalidades que ya hemos mencionado, el objeto del contrato como acto jurídico contempla esta posibilidad de creación de consecuencias jurídicas, y el hecho de la materialización mediante la conducta que debe adoptar los celebrantes y como puede ser o traer a la realidad este supuesto en el sentido ya social y jurídico.

Ya que se trata de un contrato para el que se requiere que los celebrantes cumplan con el dar o entregar un bien o con el de prestar un servicio, en cualquiera de los casos estos quedan obligados a un ámbito de respecto sobre la determinada prestación que es materia del contrato.

Para ahondar en mayor medida debemos decir que el objeto del contrato debe contener o reunir las tres características de ley Código Civil Para el Distrito Federal, mismos que nos describe el artículo 1825.

“La cosa objeto del contrato debe: 1° existir en la naturaleza. 2° ser determinada o determinable en cuanto a su especie. 3° estar en el comercio.”

³⁴ VID. DOMINGUEZ MARTINEZ. Jorge Alfredo, Teoría de los Contratos “contratos en particular” Ed. Porrúa México 2000. Pp. 59 – 64.

Es evidente que este artículo se refiere como lo dice en su parte inicial, propiamente a la cosa, que si bien es cierto es lo primero en que se piensa desde el punto de vista cotidiano y no sobre los elementos o arquetipos jurídicos, que se desencadenan unos a manera de supuestos, y otros que si se materializan según sea el caso, pero propiamente lo que debemos inferir de este artículo es el hecho de la posibilidad de individualizar el objeto cosa materia del contrato, es decir que se tenga una catalogación adecuada en base a los elementos que exige la legislación, por lo que también regular el hecho de que los contratos que entrañan un acto jurídico, sea acorde a la realidad y no mal gastar el tiempo del órgano jurisdiccional, en el caso de controversia, y de solicitar el cumplimiento de la prestación, ya que es contradictorio el hecho de usar al derecho para tratar de resolver un conflicto que no tiene solución, y que es producto de la imaginación. Ya que debemos recordar que el derecho nace cuando es obligatorio su cumplimiento. En otras palabras cuando es reclamado una prestación y el estado mediante el órgano competente resuelve y ejecuta.

Por otra parte, nos indica el hecho que debe la cosa objeto estar en el comercio, por lo que no solo protege la certeza de las actuaciones entre los particulares mediante la creación de figuras igualmente de ciertas y reales, sino que protege el patrimonio de la humanidad y de la nación, es en este sentido que se trata hacer una restricción sobre las cosas que no están en el comercio, ya que estas no son posibles o susceptibles de realizar actos jurídicos sobre ellas.

2.3.3. La solemnidad en casos especiales.

Como uno de los elementos de existencia de los actos jurídicos, su aparición es ocasional en el sentido de que la mayoría de los actos jurídicos no la requieren, pero en algunos casos es de vital importancia, ya que sin ella no se exterioriza la voluntad como lo estipula la legislación, y la consecuencia de uno de estos elementos, trae consigo la inexistencia de los actos, es decir que en casos específicos, que la legislación a si lo preceptúa es necesaria esta

forma o formalidad, pero en otros no es necesaria y ni siquiera figura para la correcta celebración del acto.

Tal es el caso del matrimonio, que aun siendo considerado como contrato, (no lo es ya que no reúne las características de un contrato), si es un acto jurídico, nos sirve para explicar de mejor forma lo relativo a la solemnidad exigida por ministerio de ley, por lo que para su celebración, en el sentido estricto legal y como elemento de existencia, solicita mas que el mero acuerdo de voluntades y el objeto, la solemnidad es mediante la exteriorización de la voluntad ante un Fedatario denominado Oficial del Registro Civil, que recaba la aceptación, en medio de una ceremonia con actos que específicamente le requiere y obliga a ejecutar la propia ley.

“La solemnidad es el conjunto de elementos de carácter exterior del acto jurídico, sensibles, en que plasma la voluntad de los que contratan y que la ley exige para la existencia del mismo.”³⁵

Pero me resulta mas claro y mas preciso decir que: a) la solemnidad por una parte es un elemento que debe ejecutarse de acuerdo a la ley, bajo la pena de no existir el acto; b) que la solemnidad es un procedimiento en el que interviene un fedatario que por disposición de ley actúa en este sentido y que pretende evitar errores en este acto, ya que es un acto del que implica gran valor, o que es uno de los actos que le interesa al estado proteger. c) la solemnidad es una especie de ritual que esta reglamentado en el caso de nuestro derecho por la ley, y en el que se recaban las voluntades de los celebrantes. Y d) es evidente que la gran necesidad de proteger a este tipo de actos, es en razón a que así se los ha indicado la historia, el caso del matrimonio, se entiende a una situación evidentemente religiosa que fue trasladada al ámbito legal pero con el mismo objetivo o finalidad.

Me parece pertinente que esta solemnidad no sea confundida con la formalidad ya que puede darse también certeza a un acto jurídico, mediante la

³⁵ Ibidem. GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ. Ernesto. P. 295

protocolización, pero este solo hecho no nos dice que sea un acto revestido de solemnidad, ya que en primer término no se ha llevado el proceso del ritual o ceremonia, que se plantea para el caso de la solemnidad, además de lo mencionado, no se ha solicitado por ministerio de ley que se realice este acto con solemnidad, ya que como hemos dicho, solo es para casos específicos, entre los que podemos destacar el matrimonio y el testamento.

Me resulta interesante el hecho de entender y precisar que los elementos existencia de los actos jurídicos, de los contratos, son tres, 1). El consentimiento 2) el objeto y 3) la solemnidad, mismos que se han analizado y se han tratado de mostrar con toda claridad, por lo que en el caso de la solemnidad es solamente requerida en algunas ocasiones específicas, en este sentido resulta claro que lo mas común, es que únicamente sean usados en el ámbito práctico, los dos primeros (consentimiento y objeto).

También debemos aclarar que la falta de alguno de estos elementos produce la inexistencia del acto jurídico y consecuentemente la ausencia de producción de consecuencias jurídicas, lo anterior a la luz del artículo 2224 y 2228 interpretado en sentido contrario del Código Civil Para el Distrito Federal.

“artículo 2224 el acto jurídico inexistente por falta de consentimiento o de objeto que pueda ser materia del él, no producirá efecto legal alguno. No es susceptible de valer por confirmación, ni por prescripción; su inexistencia puede invocarse por todo interesado.”

“artículo 2228 la falta de forma establecida por la ley, si no se trata de actos solemnes, así como el error, el dolo, la violencia, la lesión y la incapacidad de cualquiera de los autores del acto, producirá la nulidad relativa del mismo.”

2.4. Requisitos de Validez.

Una vez analizado los elementos de validez de los actos jurídicos y del contrato como acto jurídico, debemos saber que el acto ya existe pero para su plena validez por disposición legal debe cumplir con los requisitos de validez y

consecuentemente hay que estudiarlos, por lo que nos disponemos a iniciar con el estudio que identificamos como (capacidad, voluntad, motivo fin lícito y la forma legal).

2.4.1. La capacidad.

Que es la aptitud en que se encuentra una persona para ser sujeto de derechos y obligaciones y que además puede hacerlos valer.

Mismo hecho nos remite a que cada persona que pueda obligar, obligarse y poner en actividad el órgano jurisdiccional para reclamar su derecho, goza de su capacidad,

Por lo que en este sentido podemos decir que hay dos especies de capacidad A) la capacidad de goce y B) la capacidad de ejercicio. De ahí que cada persona nace con la capacidad de goce incluso aún antes de nacer ya que ya se tienen derechos, como el derecho a la vida, es decir que aun no se puede obligar, ni obligar a otro y mucho menos reclamar por su derecho por sí. Pero si cuenta con derechos que son exigibles; Para los efectos del sistema mexicano que ha adoptado que la mayoría de edad se alcanza cuando se cumple con 18 años de edad, por lo que sus derechos suspensos por ministerio de ley quedan liberados y se convierte en un sujeto de derechos y obligaciones y además apto para reclamarlos.

La idea de la mayoría de edad es considerada en base a los criterios de cada estado nación, ya que en diversos países la mayoría de edad es de 21 años. Aún que a lo largo de la historia, se ha tenido diversas consideraciones, por ejemplo en el caso de Roma, en su época clásica, creían que una persona podría ser sujeto de derechos y obligaciones, cuando fuera capaz de engendrar un menor o hijo, por lo que cuando les brotará el bello púvico ya eran sujetos en el pleno goce de sus derechos legales, de lo que se desprende que la mayoría de edad no era alcanzada a una edad previamente determinada, sino que dependía de cuestiones fisiológicas e incluso hormonales.

En este sentido el Código Civil para el Distrito Federal, en su artículo 450, nos dice que hay incapacidad legal y natural.

“Tienen incapacidad legal y natural:

I. los menores de edad;

II. los mayores de edad por causa reversible o irreversible, o que por su estado particular de discapacidad, ya sea carácter físico, sensorial, intelectual, emocional, mental o varias de ellas a la vez no pueda gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad, por si mismo o por algún medio que lo supla.”

Por lo que nos resulta claro que lo que se pretende es que la voluntad de las personas sea considerada libre y que no haya causa alguna de crear conflictos, pero también hay que mencionar que el hecho que la ley preceptuó una condición alguna de una persona no significa necesariamente que ya está impedida en su capacidad, sino que se requiere que esa incapacidad sea probada, para que el órgano jurisdiccional competente pueda dictar un sentencia de interdicción.

Y desde luego que en tanto en éste artículo, como en éste apartado no hemos estado refiriendo a personas físicas, ya que son ellas las que pueden tener incapacidad de este tipo, que es la denominada natural, y legal mediante la minoría de edad y la afección al estado de salud mental de determinada persona.

Pero también podemos decir que las personas morales tienen una especie de incapacidad, solo que no son estos los factores que la regulan, sino son de otra índole para lo cual podemos hacer las siguientes descripciones.

Tal es el caso de las agrupaciones religiosas que tienen únicamente permitido, adquirir bienes de los que le sean estrictamente necesario, para sus funciones o cumplir su cometido como agrupación religiosa, sin embargo cave la critica en este sentido, ya que si bien es cierto que les reconocen personalidad para adquirir bienes, también lo es que ya ostentaban la posesión y de bienes aun mayores a los que les permite la Constitución Política de los

Estados Unidos Mexicanos, y la Ley Reglamentaria, y que en la propiedad de estos bienes nunca se les ha molestado por el carácter tan peculiar que los reviste.

Otro caso muy específico es el de los extranjeros que no se les permite adquirir bienes en frontera a un margen de 100 kilómetros y de 50 kilómetros en litoral, pero cual es el caso si es permitido que los adquieran, si dentro de las personas que constituyen la sociedad esta incluido un ciudadano mexicano, hacemos la crítica de nueva cuenta, ya que es el mismo hecho y solo utilizan la capacidad del nacional para poder adquirir, y en México ya casi todas las playas están en manos de extranjeros; pero a través de fideicomiso.

Además esta incapacidad también puede ser producto de una sentencia firme civil o penal, ya que puede existir ciertas prohibiciones a los sentenciados sobre la forma en la que les haga perder sus derechos o inhabilitarlos por un tiempo o en forma definitiva; en el caso de la sentencia civil, cuando pierde la patria potestad respecto un menor; por lo que respecta a materia penal, podemos decir que una vez sentenciado a determinados años de prisión, le imponen la privación sus derechos políticos, por lo que resulta incapaz para votar y para ser votado.

2.4.2. La Voluntad.

La palabra voluntad proviene del latín voluntas y resulta difícil, en verdad, precisar con alguna exactitud su significado, dada la multiplicidad de sentidos que el vocablo adquiere en el lenguaje ordinario y en el habla especializada. En general, por voluntad se entienden significados muy diversos, la potencia del alma, es decir a lo que mueve o no a hacer una cosa; al libre albedrío o determinación; a la intención el ánimo o la resolución de hacer alguna cosa; a la elección hecha por el propio dictamen o gusto, sin atención a otro aspecto; a la disposición o intención con que algo se hace, y hasta al amor, cariño o afecto de una persona hacia otra.

Traducidos bajo los requerimientos del sistema mexicano, a lo que se refiere es el mero hecho del querer interno, cuando se conocen claramente cada una de las condiciones que sobre las que se plantea exteriorizar la voluntad, es decir que cuando deseo realizar un acto jurídico, cualquiera que sea este; tenga la plena conciencia sobre lo que implica la realización, sobre el hecho de cuales son las características y condiciones bajo las que se producirá consecuencias jurídicas. Y además que esta no se haya obtenido por coacción.

Y es así como hemos de tener en claro que el consentimiento que ya hemos expresado sobre su significado y sobre el como opera, esta íntimamente ligado con la volunta, ya que si el consentimiento es la suma de voluntades, para producir consecuencias jurídicas, la voluntad que es el querer interno que varía de acuerdo a cada uno de los actos que se pretenden realizar debe ser libre de vicios, es decir que haya identidad entre lo que se quiere y entre las consecuencias que se obtendrán con la celebración de este acto que estamos generando.

Por ello se plantea la existencia de los **vicios de la voluntad** mismos que han sido clasificados de la siguiente manera:

- a) El error, La mala fe y dolo
- b) La Violencia.
- c) La Lesión.

En este sentido es en el que se manifiesta la legislación en su artículo 1812, al decir:

“el consentimiento no es valido si ha sido dado por error arrancado por violencia o sorprendido por dolo”

El error, debe ser entendido como una falsa apreciación de la realidad, mismo que nos convence de la celebración de un acto. Ya que si no fuere de este modo aun de existir el error no podríamos hacer siquiera que figurara en un mundo jurídico, sino que solo lo tendríamos en un mundo de hecho, por lo

que el error debe tener eco en un mundo jurídico para tener trascendencia de estudio.³⁶

El error es una creencia sobre algo del mundo exterior o interior físico de un ser humano, que esta en discrepancia con la realidad o bien es una falsa o incompleta consideración de la realidad.

Pero siempre, aun que se esta en error se tiene un conocimiento, equivocado, pero un conocimiento al fin y al cabo.³⁷

Ahora el error puede ser de varios tipos, que podemos decir que se clasifica en base a como es que se forma y como es que repercute en la celebración, así mismo también cuales son las consecuencias jurídicas que acarrea al existir un error en determinado acto jurídico.

Para analizar al error hay que partir del supuesto de que el error puede ser inducido o que puede ser producto de una condición momentánea de uno de los celebrantes, por lo que este error puede tener consecuencias drásticas y variables.

En materia de error por una condición momentánea, se debe entender que hay tres tipos en este tipo de errores, el primero u error de calculo, en el que debido a un proceso matemático, se ha encontrado una cifra en la que se cree verdad pero no lo es, por lo que la legislación, da la posibilidad de rectificar este error, el artículo 1814, del Código Civil para el Distrito Federal:

“El error de calculo solo da lugar a que se rectifique”

Lo que nos indica que cuando se lleve un una controversia ante un Juez, para que mediante su Jurisdicción, resuelva la conflictiva jurídica planteada ante él, y este conflicto, implique complicados procesos matemáticos, debe

³⁶ VID. DOMINGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, Derecho Civil, “Parte General, personas, Cosas, Negocio Jurídico, e invalidez.” Ed. Porrúa, Cuarta Edición México 1994 p. 583

³⁷ Ibidem. GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ. Ernesto. P.329.

encontrarse el calculo correcto, y resolverá en la modificación del calculo erroneo.

Un segundo error, es el material, ya que se trata del hecho de no hacer específico determinada situación o por una confusión se inmiscuyen otros elementos que no tiene que ver con el asunto en cuestión, al respecto el Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 3024:

“se entenderá que se comete un error material cuando se escriba unas palabras por otras, se omita la expresión de alguna circunstancia o se equivoquen los nombres propios o las cantidades al copiarlas del título, sin cambiar por eso del sentido general de la inscripción ni el de alguno de sus conceptos.”

Cabe anotar que este tipo de errores son exclusivos de la materia Registral, ya que son referidos a asientos registrales.

Podemos decir que existe también un error en el concepto, ya que por diversas circunstancias, se tenga un acto, por otro ya que en ocasiones, la naturaleza de cada acto da lugar a una confusión y también que hay actos que son muy parecidos y solo se diferencian en aspectos muy mínimos y específicos este error también es de naturaleza registral ya que el Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 3025:

“Se entenderá que se comete error de concepto cuando al expresar en la inscripción algunos de los contenidos se altere o varíe su sentido porque el registrador se hubiere formado, un juicio equivocado del mismo, por una errónea clasificación del contrato o acto en el consignado por cualquier otra circunstancia”

Otro apartado en el error; es el error de hecho, que se encuentra integrado por tres especies: el error obstáculo; el error nulidad; y el error indiferente. El error obstáculo puede ser de dos formas la primera sobre el negocio que se da cuando se cree que se esta realizando un acto jurídico y en realidad se esta celebrando otro, y en términos jurídicos no se celebra el contrato, ya que el consentimiento no puede ser integrado adecuadamente ya

que los celebrantes dando un consentimiento diverso; recordemos que el consentimiento es la suma de la voluntades en un mismo sentido, es decir por una parte la oferta de la quiere obligarse mediante la celebración y por la otra la aceptación lisa, no una intención como hemos comentado, sino una aceptación del deseo de integrar un acuerdo de voluntades.

El segundo error que podemos encontrar dentro de los errores de hecho es el error en la cosa, que se da cuando en la celebración, no ha sido perfectamente identificado e individualizado el objeto materia de este acto jurídico, en obvia de circunstancias si no se sabe cual es materia sobre la que versa el contrato, no se sabe con certeza la voluntad libre sobre la celebración de los acto jurídicos, toda vez que si no se ha individualizado, no se puede decir en términos claros cual es el querer interno de los celebrantes, por tanto aun no se sabe si su consentimiento va en un mismo sentido, y tampoco si su decisión de manifestar su voluntad sea en un sentido de aceptación, esto no puede dar varios supuestos entre los que podemos decir que A) se niegue a aceptar, B) que haga una nueva propuesta, c) que acepte con condiciones diversas.

El error de hecho nulidad, es el que recae sobre el motivo determinante de la voluntad, por lo que si el motivo determinante de la voluntad no es claro tampoco se puede decir que haya un pleno consentimiento, sino se puede estar mas cercano al hecho de que nos encontremos con este supuesto de error, ya que como hemos explicado cuando se trata de la voluntad y los elementos que impulsan al celebrante a otorgar su consentimiento para llevar acabo un acto jurídico, no son precisos con la realidad, por lo que se hace muy probable que se decrete la nulidad.³⁸

Como lo expresa el artículo 1813 del Código Civil Para el Distrito Federal:

“El error de hecho o de derecho invalida el contrato cuando recae sobre el motivo determinante de la voluntad de cualquiera de los

³⁸ Ibidem. GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ. Ernesto. P.337

que contratan, si en el acto de la celebración se declara ese motivo o si se prueba por las circunstancias del mismo contrato que se celebró éste en el falso supuesto que lo motivó y no por otra causa.”

Por lo que respecta al error indiferente debemos hacer notar que este, tal como lo indica su nombre, no tiene trascendencia, en la vida de la celebración del acto jurídico, por lo que no es de gran importancia, y generalmente a lo que da lugar es al hecho de modificación al precio o a la cuantía del negocio, es decir que este tipo de error se da por desconocimiento de alguna circunstancia propia de un objeto materia del contrato, y que en este sentido, no se puede ser apreciado de manera cotidiana sino que se necesita de una descripción del bien, quizá también pudiéramos estar hablando de un accesorio para el correcto funcionamiento del bien que se desea adquirir en caso de que el acto jurídico se traduzca como un contrato.

Es por ello que este tipo de errores han sido denominados así, ya que aun no se da la celebración, y se debe poner en claro las condiciones propias del contrato, ya que se debe integrar el consentimiento, y nos puede dar como consecuencia, el aumento o disminución de la cuantía del negocio.

Por lo relativo a la mala fe y el dolo hay que destacar que son conductas que permiten, o que orillan a caer en un error para tratar de tomar de este una ventaja, que se puede traducir en beneficio económico, de servicios, una mejor posición para negociar, y hasta la producción de nuevos prospectos de negocios, sin embargo esta conducta es castigada por el legislador en el sentido que da lugar a la nulidad del acto jurídico o contrato en su artículo 1815 Civil para el Distrito Federal.

“Se entiende por dolo en los contratos, cualquier gestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes; y por mala fe la disimulación del error de uno de los contratantes, una vez conocido.”

El dolo debe verse como una serie de maquinaciones, ocultas, calculadas y sigilosas que pretenden inducir al error a una persona, estas

operaciones o artificios, son siempre ocultas o separadas (sin que se de cuenta o lo note), de la parte celebrante.

Ahora bien los tratadistas distinguen dos tipos de dolo el dolo accidental y el dolo incidental, aun que es una maquinación para la inducción del error, y aun que tiene características similares de operación y de objeto del dolo, también lo es que, sus efectos son diversos por lo que hay que decir que este dolo incidental, produce una nulidad relativa que es susceptible de enmendar o corregir.

En este orden de ideas el dolo principal, si produce la nulidad del acto, ya que este afecta directamente en la materia que dio origen al deseo o voluntad de la celebración, por ello se castiga con mayor severidad ya que el consentimiento no es libre si no que se ve afectado por un vicio, sobre su sustancia lo que nos da lugar a que no hay consentimiento al no haber identidad, en las condiciones y la voluntad que existió va en un sentido diverso y no en concordancia con la realidad.

Por lo que respecta a la mala fe, nos queda claro que es una conducta pasiva en el sentido que, al saber que una de las partes esta en un error, no manifestarlo sino que lo mantiene en el error, sin que este que obra de mala fe haya dado lugar al error en que se encuentra la parte celebrante.

En este sentido la diferencia básica entre dolo y mala fe, es el hecho que el primero lo que pretende es hacer caer o enredar en un error, mediante maquinaciones o artificios ocultas, la finalidad que persiguen es diversa, ya que de acuerdo al contrato o acto jurídico que se realiza es variable, pero lo que si es cierto es que se persigue obtener una ventaja, mientras que la mala fe es el mero echo de aprovechar el error del otro, para la obtención de un beneficio, sin participar en la inducción al error, por eso se dice que el dolo es activo y la mala fe pasiva.

La Violencia, Vicio del consentimiento que consiste en la coacción física o moral que una persona ejerce sobre otra, con el objeto de que esté de su

consentimiento para la celebración de un contrato que por su libre voluntad no hubiese otorgado.

“es el miedo originado por la amenaza de sufrir un daño personal, patrimonial moral o pecuniario que lleva a dar la voluntad para realizar un acto jurídico.”³⁹

El artículo 1819 del Código Civil para el Distrito Federal:

“hay violencia cuando se emplea fuerza física o amenaza que importe peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud, o una parte considerable de los bienes del contratante, de su cónyuge, de sus ascendiente, de sus descendientes o de sus parientes colaterales dentro del segundo grado.”

Por lo que es importante decir que la ley prevé el caso de violencia cuando hablamos en un grado importante, no solo basta el hecho de que se le que haya una amenaza, sino que se empleó la fuerza física, e incluso el hecho de perder la vida, por lo que está hablando de una causa seria que de verdad influya en el ánimo del contratante, de igual forma lo hace extensivo a sus ascendientes y descendientes hasta el segundo grado, en este sentido es que la ley ofrece una amplitud, para la protección y evitar la violencia, por tanto la incorrecta formación de los actos jurídicos.

Se dice que necesariamente los autores de la violencia pueden ser el contratante o un tercero. Ya que quien ejerce la violencia, pretende la obtención de un beneficio, afectando el ánimo del contratante, por tanto la voluntad en consecuencia, por ministerio de ley se le otorga la nulidad a este acto, ya que el artículo 1818 del Código Civil para el distrito Federal manifiesta:

“es nulo el contrato celebrado por violencia, ya provenga esta de uno de los contratantes, ya de un tercero, interesado o no en el contrato.”

El temor reverencial. Así mismo la legislación para el Distrito Federal, También prescribe sobre el temor reverencial, en su artículo 1820.

³⁹ Ibidem. GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ. Ernesto P.364.

“el temor reverencial, esto es. El solo temor de desagradar a las personas a quien se debe sumisión y respeto, no basta para viciar el consentimiento”

Si entendemos al temor reverencial como un símbolo de respeto, pues es hecho de fondo es el tratar de estar bien o en buenas condiciones con las personas que nos merecen respeto, que generalmente son los padres, lo que implica que nunca se tendrá, independencia ni voluntad propia sino que será limitada por el querer de las personas que se respetan, habría que inmiscuir al factor de madurez de las personas, para poder decir que se debe ser lo suficiente maduro, para decidir como lo suficiente para respetar las decisiones de los demás, en este sentido ya es una condición personal pero no determinante en la sociedad.

La Lesión, Considerada como uno de los vicios de la voluntad, es en si la celebración de un acto jurídico, que trae consigo, la explotación desmedida de las prestaciones, es decir que haya un gran beneficio para una de las partes, así como una gran pérdida para la otra, esto presupone un abuso que se ha tratado de evitar y proteger a los celebrantes, mediante el considerar como vicio esta conducta.

De esta forma ya tenemos que la desproporción en las prestaciones genera lesión, pero las condiciones para tener en claro que hay un abuso, o que de verdad hay una conducta lesiva, es indicada por el Código Civil para el Distrito Federal, en su artículo 17:

“Cuando alguno, explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de otro; obtiene un lucro excesivo que sea evidente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga, el perjudicado tiene derecho a elegir entre pedir la nulidad del contrato o la reducción equitativa de su obligación, mas el pago de los correspondientes daños y perjuicios.

El derecho concedido en este artículo dura un año.”

Lo que nos da más elementos para inmiscuir a la lesión, ya que nos hacer referencia a ignorancia, inexperiencia y miseria, elementos que se deben reunir en el sujeto pasivo, pero no basta estos sino que tienen que ser en un grado superlativo, no solo la obtención de un lucro desmedido, sino que tiene que reunir la notoria inexperiencia, le extrema miseria y la suma ignorancia, para ser un acto lesivo.

Por lo que interviene factores subjetivos, ya que nadie acepta una desproporción en las prestaciones, o acepta recibir menos de lo para él vale su negocio, lo que implica entonces que no tiene un pleno conocimiento de lo que se refiere el negocio, en consecuencia su voluntad no es plenamente decidida y determinada, ahora desde el punto de vista objetivo, la lesión se genera cuando la desproporción en las prestaciones es precisada, por lo que solo importa las prestaciones dejando de lado la voluntad.

Me parece razonable las condiciones que ofrece el Código Civil, al manifestar que el lesionado tiene derecho a pedir la nulidad del contrato o la equiparación de prestaciones, ya que ofrece la posibilidad de continuar con su negocio bajo condiciones distintas favorables, o de plano la nulidad del acto, para poder intentar uno con mejores prestaciones.

2.4.3. EL OBJETO O MOTIVO O FIN LÍCITO.

Para los efectos del claro entendimiento de este apartado relativo a la licitud hay que decir que necesariamente todo lo que se encuentre regulado por el Derecho, tiene que estar dotado de licitud, ya que el derecho no reconoce actos ilegales, sería tanto como decir que no existe el propio derecho, por lo que es un hecho contradictorio el reconocer lo legal de lo ilegal, crear un sistema para hacer respetar el marco jurídico; para en aspectos específicos o detallados dar cavidad a la ilicitud o lo ilegal.

La definición legal de ilicitud nos la proporciona el artículo 1830 del Código Civil para el Distrito federal cuando dice:

“Es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público y a las buenas costumbres”

Luego entonces hay que ver a la licitud, como sinónimo de legal o jurídico, para entender que la licitud la encontramos en el hecho de no transgredir el sistema jurídico, mediante el respeto de las instituciones, órganos, figuras, y la colectividad. Por ello el objeto o motivo fin lícito, debe estar ajustado a la ley y no contravenirla, para así ser protegido por el sistema jurídico.

Para analizar adecuadamente este apartado hay que entender que se trata de dos condiciones que ambas deben revestirse de licitud por una parte en el objeto, que para los efectos prácticos es el dar hacer o no hacer; por el otro lado el motivo o fin, que es a lo que se pretende llegar con la celebración de un acto jurídico.

Por lo que ambas en caso de estar apegadas con la Legislación su consecuencia será la invalidez; en este sentido, a la luz del artículo 1795 del Código Civil para el Distrito Federal que preceptúa:

“El contrato puede ser invalidado:

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

2.4.4. La Forma Legal.

Para llegar a entender cual es el criterio bajo el cual se ha forjado la Legislación, es necesario precisar, que el principio que dio origen a la forma de los actos jurídicos y en consecuencia a los contratos, es el hecho de la necesidad de la celeridad en la operación contractual, ya que bajo algunas características es necesario la celeridad, para contratar, mientras que en otros es importante, pero también es importante la seguridad jurídica, pues se

entiende que al ser muy rápida la formación de los contratos se puede obviar una forma escrita y/o determinada, pero en otros casos por diversas circunstancias es de vital importancia la seguridad jurídica.

En la necesidad de celeridad, tal es el caso de pequeñas adquisiciones y de bajo monto, las que son más cotidianas, no es muy necesaria la seguridad jurídica, toda vez que la mayoría se resuelven en base a una negociación. Mientras, que las que es muy importante brindarles seguridad jurídica, tal es el caso de montos elevados o de operaciones muy específicas en el sentido de los requerimientos técnicos de mercancía, si se requiere la seguridad jurídica, pues el problema resulta cuando no hay conformidad entre lo que se obligó y lo que se recibió. Atendiendo al principio de prevención de la norma.

Lo anterior no significa que la primera no necesite seguridad jurídica, ni que la segunda no requiera la celeridad, sino que se atienden a la mayor manifestación de fenómenos de este tipo y aunado a la lógica jurídica.

Entonces la forma: es el medio por el cual se exterioriza la voluntad, en este orden de ideas encontramos que la forma puede ser: real, consensual, formal y solemne.

Un contrato real: es el que se perfecciona con la entrega de la cosa, sin que sea necesario algún otro elemento para su validez.

Será consensual: cuando baste el solo consentimiento verbal o tácito, de las partes, para que el contrato se perfeccione, sin requerir una forma escrita, ya sea pública o privada.⁴⁰

El contrato formal, se perfecciona cuando se reviste del instrumento de una forma escrita, es decir que se plasma la voluntad de los celebrantes en un documento denominado contrato, para dejar huella de su voluntad y de las condiciones que se convinieron.

⁴⁰ VID ROJINA VILLEGAS Rafael, Compendio de Derecho Civil, Contratos Ed. Porrúa México 2003. P.15

La solemnidad: como ya la comentamos es el cumplimiento de la forma exigida por la Ley, misma que se debe de extraer con el procedimiento determinado para tal efecto, es decir mediante el ritual previamente establecido y marcado por una disposición legal aplicable.

2.5. Nulidad e Inexistencia.

Este apartado responde uno de los hechos generadores de la relación de obligación, y es en este sentido es en el que debemos entender y tratar de conceptualizar cuando un acto jurídico, es inexistente y cuando se ve afectado de nulidad, ya sea relativa o absoluta, pero es de vital importancia, el analizar esta cuestión, ya que de ello depende si un acto jurídico debe producir efectos jurídicos o no, además nos dirá cuando un acto realmente nació a la vida jurídica o si no lo hizo, y quedó quizá en un precontrato o una promesa de contrato.

Para saber si un acto existe, es necesario saber si sus elementos han sido cumplidos satisfactoriamente, por ello debemos recordar que estos elementos son el consentimiento y el objeto, solo en casos excepcionales hablaremos de la solemnidad; con la finalidad de producir consecuencias de derecho, ya sea mediante la creación, modificación o extinción, de derechos y obligaciones; en el momento que cualquier acto reúna estas características, podremos decir que existe.

Para saber si un hecho es válido o está afectado de nulidad, sea relativa o sea absoluta, solo tenemos que adentrarnos al estudio de los elementos de validez; la capacidad, la voluntad, el motivo fin lícito, y la forma, y si éstos mencionados, se han formado o integrado en términos de ley sin la intervención de los vicios de alguno de ellos, podremos decir que el acto es válido.

No debemos dejar por alto la cuestión que la nulidad ataca los actos jurídicos, en sus requisitos de validez, y que la inexistencia los ataca en sus elementos esenciales o de existencia. Lo que nos indica que todo acto que es

nulo, de manera relativa o absoluta, ha nacido a la vida jurídica; luego entonces reunió el consentimiento, el objeto y en su caso y de ser necesario por ministerio de ley la solemnidad, pero alguno de sus requisitos de validez ha sido imperfecto, en este sentido resulta infértil tratar a los actos inexistentes, pues no tienen trascendencia a la vida jurídica.⁴¹

Además de lo referido en el párrafo anterior, los actos inexistente no producen consecuencias jurídicas, mientras que los afectados de nulidad si hasta que por sentencia, son suspensos.

2.5.1. Posibilidad de Convalidación de los actos jurídicos.

Todos los actos jurídicos, desde su nacimiento hasta su plena validez corren el riesgo que alguno de sus elementos, sean obtenidos impropiamente lo que les puede dar lugar a una inexistencia o u una nulidad, pudiendo ser esta relativa o absoluta, dependiendo del caso en concreto y lo que preceptúe la Ley competente; por lo que en casos específicos, la ley admite que estos actos sean subsanados, para hacerlos validos o eficaces. Pudiendo solo ser subsanados en sus requisitos de validez, y nunca en sus elementos de existencia.

La convalidación es medio legal para subsanar un acto que esta viciado en alguno de sus requisitos de validez, pero solo se admite en aquellos que están afectados de nulidad, y no así en los inexistentes, en los casos que la ley lo permite. El Código civil para el Distrito Federal, en su artículo 2235 manifiesta al respecto.

"La confirmación se retrotrae al día en el que se verifico el acto nulo, pero este efecto retroactivo no perjudica los derechos de terceros."

La convalidación puede ser obtenida bajo dos supuestos, el primero es que sea reclamada; la segunda es que no siendo reclamada prescriba el

⁴¹ VID. ROJINA VILLEGAS Rafael, Derecho Civil Mexicano, Séptima Edición, Ed. Porrúa, México 1996. P. 343.

derecho a reclamarla en virtud de lo cual el acto se convalida o confirma y tiene sus efectos plenos. Así es como se expresa el Código Civil Para el Distrito Federal.

“Artículo 2232 Cuando la falta de forma produzca la nulidad del acto, si la voluntad de las partes ha quedado constante de una manera indubitable y no se trata de un acto revocable, cualquiera de los interesados puede exigir que el acto se otorgue en la forma prescrita por la ley.”

Así mismo el Código civil para el Distrito Federal, en el artículo 2234 nos dice que:

“El cumplimiento voluntario por medio del pago, novación o por cualquier otro modo, se tiene por ratificación tácita y extingue la acción de nulidad.”

“Artículo 2237 la acción para pedir la nulidad de un contrato hecho por violencia prescribe a los seis meses, contados desde que cese ese vicio del consentimiento.”

2.6. Convenio y Contrato.

La necesidad de la sociedad para llevar a cabo sus relaciones y el desarrollo de su vida, ha redundado en la celebración de contratos y convenios, pero estos convenios y contratos también han traído, la generación de conflictos entre particulares, por lo que el legislador y los doctos en derecho han tratado de actualizar y adaptar esas figuras al la sociedad. En este orden de ideas los contratos cada vez son de mayor amplitud, así como la creación y las nuevas figuras con el nombre de contratos.

“Convenio: *Es el acuerdo sobre una declaración de voluntad común.”*⁴²

⁴² FONTANARROSA O. Rodolfo, Op. Cit. P. 58.

Convenio: *“Es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar, o extinguir derechos y obligaciones.”*

Esta es una de las definiciones mas aceptadas tanto por los tratadistas, como por la legislación en su artículo 1793 del Código Civil para el Distrito Federal, ya que es la mas completa al contener los elementos del convenio y generar las condiciones propicias para integrar a los contratos. Además de ello también es distinguidos o catalogado como convenio en amplio sentido.

Contrato: Según el artículo 1793, del Código Civil para el Distrito Federal.

“Los convenios que producen y transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos.”

En este sentido y bajo el orden que ha planteado la ley en los artículos citados, se desprende que existe un convenio en sentido estricto, ya que al decir que los convenios *crear, transferir, modificar, o extinguir derechos y obligaciones*; por lo que le atribuye cuatro elementos al convenio (que ya hemos dicho que este es identificado como un convenio en sentido amplio); y respecto a los contratos les asigna dos elementos que son los que *producen y transfieren, obligaciones y derechos*. Por lo que aun no hace falta o aclarar que los convenios cuando modifican y extinguen este convenio estamos en presencia de un contrato en sentido estricto.

Algunos otros tratadistas mencionan que el convenio puede ser de dos formas la primera en sentido positivo y la segunda en sentido negativo. Será en sentido positivo cuando crea y transfiere y en sentido negativo cuando modifica y extingue.

Lo que nos es claro, es que el convenio y el contrato tienen una estrecha relación, ya que el convenio es el género y el contrato la especie, pero el convenio, tiene mayor amplitud, pero menos aplicación en términos estrictos.

2.6.1. Fuente generadora de obligaciones.

Fuente es de donde nace surge o emerge algo en este caso hablaremos que es a la vida jurídica, por lo que una de las principales fuentes generadoras de obligación en materia civil es el contrato, pero no es la única, sino que podemos distinguir, la declaración unilateral de voluntad, enriquecimiento ilegítimo, gestión de negocios, hechos ilícitos y la responsabilidad objetiva; recordemos que la obligación jurídica es un vínculo que nos constriñe al cumplimiento, mismo que se puede traducir en dar hacer o no hacer.

El contrato es una fuente generadora de obligación ya que en su definición propia lo entraña, al decir que es un acuerdo de voluntades para crear y transferir derechos y obligaciones. Ya sea en cualquiera de los dos supuestos que plantea su concepto, siendo que cree o que transmita, en ambos casos se esta hablando de obligaciones y derechos.

Me parece razonable decir que sostengo que una obligación es un Derecho analizado en sentido inverso, es decir que si yo tengo la obligación de entregar determinada cosa, la otra parte con la que contrate también tiene un derecho a recibirla, así mismo también tengo derecho a que me sea recibida la cosa, para cumplir con mi obligación y en consecuencia el otro celebrante tiene la obligación de recibirla; con la condición que esta entrega este apegada a derecho o lo convenido.

2.6.2. Función jurídica del contrato.

Al respecto podemos decir que la función jurídica de los contratos tiene una gran amplitud ya que la formación de los derechos de crédito es muy amplia debido a que legislación los contempla en forma enunciativa y no limitativa. Pues el artículo 1858 del Código Civil para el Distrito Federal, manifiesta:

“Los contratos que no están especialmente regulados en este Código, se regirán por las reglas generales de los contratos; por las estipulaciones de las partes, y en lo que fueren omisas, por

las disposiciones del contrato con el que tengan más analogía de los reglamentados en este ordenamiento”.

Lo que nos implica que la función jurídica de los contratos, en primera es reglamentar la voluntad de las partes por ellas mismas, así como plasmar la forma en la quieren obligarse, lo que nos da posibilidades amplísimas, pues no esta siendo limitada al hecho de una forma específica de obligarse, ni de asemejarlo a características preescritas, sino que aun se trate de naturaleza diversas, se regula mediante las disposiciones citadas.

2.6.3. Noción de los elementos personales en los contratos.

Los elementos personales de los contratos, son las personas que lo integran y en virtud de la cual se les denomina de una forma específica por ejemplo en el contrato de compraventa, se le denomina comprador y vendedor, mismos que son los que se obligan y fijan las condiciones bajo las que versa el propio contrato.

Sería muy difícil y resultaría poco productivo el enlistar la denominación de cada uno de los elementos personales en los contratos, en este sentido nos limitaremos a decir que para la celebración de un contrato, es necesario cuando menos dos personas, ya que el propio concepto del contrato así no los requiere. Una de ellas podemos manifestar que es el oferente o el que realiza la oferta y el otro el aceptante, pudiendo tener mas de un oferente y mas de un aceptante por lo que estaremos en presencia de un contrato plurilateral.

2.6.4. Interpretación en materia contractual.

Con la celebración de un contrato, hay que entender que ambas partes, tienen intereses que desean alcanzar y que quieren proteger, por eso es necesario saber cual es el verdadero sentido sobre el que convinieron, en esta medida hay que tratar de aclarar lo que las partes han querido decir en su manifestación de voluntad, o lo que trataron de plasmar en el instrumento denominado contrato.

La interpretación: el proceso por el que se desentraña la voluntad que quisieron plasmar los participantes, ya que es de gran importancia para el cumplimiento del contrato y sobre todo en los casos de controversia.

Para este efecto hay teorías que se encuentran y que divergen entre ellas, tal es el caso de la *teoría de la voluntad real o interna* y en contravención, la *teoría de la voluntad declarada*, la primera es la que pretende encontrar el sentido que quisieron plasmar los celebrantes, es decir que aun que no haya identidad entre lo que plasmaron en el contrato y lo que quisieron por ejercicio de su voluntad, se tratará de interpretar en base a lo que se quiso plasmar, lo que me parece adecuado, ya que el consentimiento y su factor psicológico es uno de los elementos determinantes para la integración del propio contrato, pero también no hay certeza en el hecho de lo que se plasmó, pues si se trata de interpretar por lo que se quiso, y no por lo que se apuntó, aun así resulta poco práctico el hecho de la redacción de un contrato, pues si su interpretación no es literal es en base a lo que quiso decir y no lo que se plasmó.

La segunda *teoría de la voluntad declarada*, plantea que los contratos deben interpretarse a la literalidad que aparece en el instrumento, ya que la certeza deviene cuando, se establecieron las condiciones del contrato que se elaboró por escrito a fin de dejar huella y un antecedente claro para poder cumplir con el mismo y en caso de incumplimiento, se tenga la certeza de cuales son las condiciones en las que cada una de las partes se obligó.

La legislación Civil para el Distrito Federal, se ha pronunciado por una teoría ecléctica, ya que en su artículo 1851 dice:

Si los términos de un contrato son claros, y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de las cláusulas.

Si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá esta sobre aquellas.

2.6.5. Cumplimiento del contrato.

Desde que un contrato se plantea mediante una oferta hasta que se perfecciona, por la forma que debe revestir según la ley, los celebrantes tienen cierto margen en relación a las modalidades que pueden incluir en el contrato para cumplirlo, ya que en él aparece la forma en la quisieron obligarse, con la condición, de respetar el marco jurídico y las condiciones de ambas partes convengan.

Necesariamente el cumplimiento del contrato, está en función a dos cosas, el respeto al marco jurídico, es decir como hemos manifestado con anterioridad, el respeto a la ley y a las buenas costumbres; y en segundo término la voluntad de los celebrantes así tenemos que el cumplimiento del contrato si bien puede ser parcial o total, solo hablaremos del total ya que el parcial, es incumplimiento.

En este sentido hay que entender por un lado el respeto a la ley; y por el otro, a la voluntad de las partes, misma que se exterioriza mediante la redacción y firma del contrato; cuando los contratantes, acuerdan sobre una situación específica de la forma de cumplimiento del contrato, al plasmarlo en el en su instrumento denominado contrato y recibe el nombre de *cláusula*, y estas cláusulas pueden ser de varias maneras: esenciales, naturales y accidentales.

Cláusulas esenciales: son las cláusulas que le dan origen al contrato, como a su naturaleza jurídica, sin ellas probablemente no existiría el contrato. Pues se trata de las que ley preceptúa, para la realización del contrato.

Cláusulas naturales: son las que bien puede o no estar en el contrato o pueden ser excluidas por los celebrantes, ya que existe disposición que en forma supletoria puede ser incluidas u observadas.

Cláusulas accidentales: estas son acordadas e incluidas únicamente por los celebrantes, ya que no tienen relación alguna con la esencia ni naturaleza del contrato.

2.7.1. Clasificación de los contratos.

Los contratos pueden ser clasificados por distintos criterios, por lo que se pueden destacar los que se catalogan en base a la forma en que están regulados por la legislación; por el número de personas que intervienen; por la forma en que se exteriorizan; por la persona que lo realiza, entre otras, pero la finalidad es tener perfectamente claro cual es su sentido y naturaleza, en medida de ello darle un tratamiento adecuado al contrato que se esta catalogando.

2.7.1. Contratos nominados e innominados.

Esta clasificación depende directamente de la forma en la que esta regulado el contrato, es decir que si tiene un capitulo o apartado que lo rige, y un nombre especifico, que es acorde netamente a él. Por lo que será nominado el que cumpla con los requisitos que hemos mencionado.⁴³

Y por el contrario los innominados, son los que carecen de una regulación específica así como de un nombre en la legislación, pero esto no significa que no serán tratados o serán desconocidos en cuanto a su existencia, recordemos que la legislación en este sentido es enunciativa más no limitativa.

2.7.2. Contratos unilaterales o bilaterales o sinalagmáticos.

Esta clasificación atiende al número de personas que participan en la celebración del contrato, es decir que se obligan mediante esta celebración. Por lo que en el contrato unilateral no solo participa una persona, si existen dos, este es el caso de la donación, aquí la unilateralidad consiste en que es solo uno de ellos el que se obliga, mientras que el otro se limita a decir si acepta la donación o no.

⁴³ VID. GAUDAMET, Eugene, Op. Cit. P.41.

En contrasentido, los contratos bilaterales, son aquellos en los que participan dos o más personas, que se obligan mutua o recíprocamente, para obtener los beneficios que cada uno decida.

El Código Civil para el Distrito Federal, en su artículo 1835 nos dice:

“El contrato es unilateral cuando una sola de las partes se obliga hacia la otra sin que esta le quede obligada.”

El Código Civil para el Distrito Federal, en su artículo 1836 nos dice:

“El contrato es bilateral cuando las partes se obligan recíprocamente.”

2.7.3. Contratos onerosos y gratuitos.

Esta clasificación depende del importe económico o el gravamen que implica los contratos; entonces tenemos que los onerosos, necesariamente reporta un gravamen o un monto determinado, para una de las partes, y un beneficio para la otra, mientras que los contratos a título gratuito, no implica el provecho de ambas partes, sino que solo lo hace en una de ellas.

El Código Civil para el Distrito Federal, en su artículo 1837 nos dice:

“Es contrato oneroso aquel en el que se estipulan provechos y gravámenes recíprocos; y gratuito aquel en el que el provecho es solamente para una de las partes”.

2.7.4. Contratos conmutativos y aleatorios.

Estos contratos depende la existencia de la cosa materia del contrato, ya que los conmutativos son los que la cosa se encuentra determinada al momento de la celebración; mientras que los aleatorios dependen de un acontecimiento futuro e incierto, (condición suspensiva) la legislación permite esta clase de contratos denominándolos como la compra de esperanza. Por lo que esta clasificación atiende directamente a la cosa en el momento de la celebración.

El artículo 1838, del Código Civil para el Distrito Federal menciona:
“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”.

Contrato Real y Consensual.

Estos contratos atienden a la forma en el momento de su perfeccionamiento, es decir en que momento se considera que el acto ha nacido, y como es que se ha realizado la aceptación.

En el caso del contrato real, se dice que este es el que se perfecciona con la entrega de la cosa, que por su naturaleza podemos hablar del depósito y de la prenda, ya que una vez entregado el objeto o cosa materia del contrato, se supone la existencia del contrato.

Por lo que hace al contrato consensual; atendiendo a su perfeccionamiento, debemos entender que este se perfecciona en el momento que hay un consentimiento, es decir cuando hay una exteriorización, ya sea verbal o tácita, por lo que aun no se ha entregado la cosa, este contrato ya existe. Al respecto el artículo 2249 del Código Civil para el Distrito Federal, menciona que:

“Por regla general, la venta es perfecta y obligatoria para las partes cuando se haya convenido sobre la cosa y su precio aún que la primera no haya sido entregada ni la segunda satisfecha.”

Contrato Consensual y Solemne.

La propia exteriorización de voluntad puede ser de varias formas el caso de la consensual que hemos analizado se vierte o exterioriza mediante una

aceptación, sin mas requisitos, teniendo la posibilidad de ser plasmados en un contrato.

Por lo que hace a la solemne, tiene que ser extraída mediante un procedimiento específico por la ley, ya que esta plantea la existencia de un acto que debe ser revestido por una forma específica, pues se trata de un acto importante o de mayor trascendencia. Es por ello que se tiene que seguir una serie de formalidades a manera de ritual, para obtener el consentimiento sin que quede duda, si se ha querido o no realizar; a manera de ejemplo podemos mencionar al testamento y al matrimonio.

Contrato Principal y Accesorio.

Por la forma en la que operan los contratos, y por como es que funciona, ya en materia plenamente de sus consecuencias y como es que obligan a las partes, los contratos pueden ser principales o accesorios, de garantía.

En este sentido un contrato principal, no depende de otro, sino que tiene autonomía, es decir que no tiene ninguna condicionante para su existencia, en relación a otro contrato, y que por el contrario si puede subordinar a otro contrato.

A diferencia del contrato accesorio o de garantía, que depende de un principal del que seguirá su suerte, de tal modo que si el contrato principal, esta viciado por nulidad, este también esta afectado por nulidad ya que el hecho generador que le da vida no es posible ejecutarlo, por tener un vicio en alguna de sus partes. Generalmente estos contratos accesorios son utilizados para garantizar el cumplimiento de un principal, de ahí su nombre.⁴⁴

⁴⁴ VID. ROJINA VILLEGAS Rafael Op. Cit. P.17

Contrato Instantáneo y de efectos sucesivos.

Los efectos de los contratos, pueden ser acordes a su naturaleza jurídica, y además los particulares en la celebración pueden desvirtuarlos o variar su naturaleza, pero, esto no significa que ya no se encuentren dentro de la ley, sino que necesitan ser tratados adecuadamente.

Por ello en relación al tiempo o memento que tienen sus efectos los contratos, se clasificaron en instantáneos y de efectos sucesivos, siendo los que los efectos recaen en un solo momento, sin postergarse en el tiempo; y los de efectos sucesivos, los que sus efectos si se encuentran en el tiempo, es decir que tiene un plazo en el cumplimiento de su obligación, por ejemplo el contrato de arrendamiento, ya que este permite que el pago de las rentas sea en un lapso de tiempo, así como la ocupación del local arrendado.

Contrato *Intuitus personae e indifferens Personae*.

Este contrato se realiza o celebra en atención a las personas con las que se realiza, ya que se puede requerir la precisión o la característica personal que posee una persona, luego entonces hay que ver que este contrato solo puede ser satisfecho por personas específicas o determinadas.

El contrato *intuitus personae*, es precisamente el que requiere que con quien se celebra debe poseer alguna característica que lo haga especial, ya que esta clasificación atiende a la forma de la realización de un contrato, si necesitáramos a un especialista para tallar una estatua, es obvio que no se contrataría a uno que no lo fuera, en este sentido este contrato se celebra, por características específicas en uno de los celebrantes, y así requerida por el otro.

Por lo que respecta al contrato de *indifferens Personae*, puede tener mucho mayor amplitud pues no se busca una la realización de una conducta sin importar quien la realice dicho de otra forma no se requiere la característica especial para la celebración y por consecuencia para la ejecución del contrato.

CAPÍTULO III.

ANÁLISIS CRÍTICO DE LA ASOCIACIÓN EN PARTICIPACIÓN.

3.1. Las Sociedades reconocidas por la Legislación Mexicana.

La necesidad humana, en su vida cotidiana lucha por subsistir, desarrollarse, crecer, y cumplir con los objetivos que se ha planteado, desde el punto de vista de su plenitud en la realización de sus negocios. En este proceso se encuentra con diversos obstáculos, entre los que destaca que no puede cumplir con todas las actividades que requiere para la consecución de sus fines, por lo que se ve en la necesidad de solicitar ayuda, en este punto, puede realizar contratos de trabajo con diferentes personas que serán sus subordinados en virtud del contrato y la contraprestación; aun así se escapan varias cosas que le parecen importantes, como la capacidad de decisión en momentos prioritarios por lo que sigue sin poder cumplir con sus expectativas; aunado a que para conseguir ciertas negociaciones, se requiere como elemento indispensable para comenzar la negociación que se trate de una agrupación de personas, por lo que sobreviene la idea de compartir los recursos y los beneficios con otras varias personas, es aquí donde nace una serie de conflictos. El problema comienza cuando alguno de los socios esta inconforme con las obtención de beneficios o con su reparto u otro socio incumple, por lo que hay controversias por lo que se reclama un orden jurídico, que responda a las necesidades de este tipo de agrupación.⁴⁵

La existencia de una sociedad necesariamente presupone la existencia de individuos que sacrificando parte de sus atributos personales, los ofrece a un ente distinto, con lo que la suma de esta conducta a la similar de otros individuos da la posibilidad de nacimiento a la Sociedad.

Por lo que los individuos tienen dos opciones, para la agrupación y conseguir sus fines personales mediante un grupo, la posibilidad que ofrece la

⁴⁵ VID. MANTILLA MOLINA Roberto, Derecho Mercantil, Editorial Porrúa Quinceava Edición, México 1985.

ley es constituirse como una Sociedad o como una Asociación, desde luego la segunda mas limitada en materia mercantil que es la que nos ocupa.

En este sentido hay que entender que las sociedades y asociaciones necesariamente están normadas por una legislación específica, en nuestro caso la Ley General de Sociedades Mercantiles, regula y reconoce a las sociedades mercantiles, de su artículo 1° se desprende que las sociedades reconocidas son:

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

Cabe hacer mención que toda vez que estamos estudiando a la Asociación en Participación, ésta se encuentra regulada en la Ley General de Sociedades Mercantiles, por lo que queda aun la incógnita sobre si es una Asociación o un contrato.

Por lo que resulta de vital importancia el conocer de manera general cada una de estas sociedades, para su estudio tomaremos el orden que ha planteado la propia Ley General de Sociedades Mercantiles.

Las sociedades que estén constituidas y cuenten con registro por el Registro Público de Comercio, contarán con su personalidad propia y distinta la de los socios, de tal suerte que estas sociedades reconocidas, tendrán los atributos de la personalidad mismas que se encuentran consignados en el artículo 6° de la Ley General de Sociedades Mercantiles, mediante el pacto social, mismo en que consiste las condiciones con las que nace esta persona moral jurídica, el régimen bajo el que actuarán, la forma y modo de aportación para los socios, y en general todo lo relativo al funcionamiento de dicha sociedad, por lo que el artículo en cita nos menciona:

Artículo 6° La escritura constitutiva de una sociedad, deberá contener:

- I. El nombre, nacionalidad y domicilio de las personas físicas o morales que constituyen la sociedad;*
- II. El objeto de la sociedad;*
- III. Su razón social o denominación;*
- IV. Su duración;*
- V. El importe del capital social;*
- VI. La expresión de lo que cada socio aporte en dinero o en otros bienes; el valor atribuido a estos y el criterio seguido para su valoración.*
Cuando el capital sea variable, así se expresará indicándose el mínimo que se fije;
- VII. El domicilio de la sociedad;*
- VIII. La manera conforme a la cual haya de administrarse la sociedad y las facultades de los administradores;*
- IX. El nombramiento de los administradores y la designación de los que han de llevar la firma social;*
- X. La manera de hacer la distribución de las utilidades y pérdidas entre los miembros de la sociedad;*
- XI. El importe del fondo de reserva;*
- XII. Los casos en los que la sociedad haya de disolverse anticipadamente y;*
- XIII. Las bases para practicar la liquidación de la sociedad y el modo de proceder a la elección de liquidadores, cuando no hayan sido designados anticipadamente.*

Todos los requisitos a que se refiere este artículo y demás reglas que se establezcan en la escritura sobre organización y funcionamiento de la sociedad constituirán los estatutos de la misma.

3.1.1. Sociedad en Nombre Colectivo.

“Esta sociedad en términos del artículo 25 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, es aquella que existe bajo una razón social y en la que todos los socios responden, de modo subsidiario, ilimitada y solidariamente de las obligaciones sociales.”

De donde se destaca que los socios responden de manera subsidiaria, en tanto que los socios son responsables de las obligaciones que contraiga la propia sociedad, aun que esta ya tiene un patrimonio propio y además una personalidad distinta a la de cada uno de estos socios, pero la característica de subsidiario precisamente radica en el hecho que sólo se llegará a tocar el patrimonio de los individuos que la integran, cuando no se pueda cumplir con esta obligación con el patrimonio de aquella, es decir que primero tienen que intentar obligar a la persona moral con su obligación y de no poder hacerlo; únicamente bajo este supuesto llegarán al patrimonio de los socios que integran esta sociedad.

El hecho de que estas obligaciones sean ilimitadas implica que cuando se contraiga una obligación por la Sociedad en Nombre Colectivo, y esta no pueda ser cubierta los socios que la integran responderán por esta obligación aun cuando esta sea mayor al numerario de sus aportaciones, ya la obligación es ilimitada, esto significa que no tiene límites, en este sentido se puede llegar tan lejos como la obligación lo necesite.

Ahora bien la solidaridad consiste en el hecho de que la obligación no es divisible en tantas partes como socios existan en la sociedad, sino que la obligación es reclamable, principalmente a la sociedad y en su caso a los socios, que bajo el procedimiento se debe reclamar la totalidad o parte de la obligación a un socio, y al ser insuficiente al resto, por lo que los socios entre ellos podrán solicitar y reclamar su parte proporcional, pero para los efectos del cumplimiento de su obligación la responsabilidad es solidaria. En lo relativo a la

obligación solidaria, el artículo 1987 y 1989 del Código Civil para el Distrito Federal nos dicen:

“Artículo 1987, además de la mancomunidad, habrá solidaridad activa cuando dos o más acreedores tienen derecho para exigir, cada uno por sí, el cumplimiento total de la obligación; y solidaridad pasiva cuando dos o más deudores la obligación de prestar, cada uno por sí, en su totalidad, la prestación debida.”

“Artículo 1989, Cada uno de los acreedores o todos juntos pueden exigir de todos los deudores solidarios, o de cualquiera de ellos, el pago total o parcial de la deuda. Si reclaman todo de uno de los deudores y resultare insolvente, pueden reclamarlo de los demás o de cualquiera de ellos. Si hubiesen reclamado solo parte, o de otro modo hubiesen consentido en la división de la deuda respecto de alguno o algunos de los deudores, podrán reclamar el todo de los demás obligados, con deducción de la parte del deudor o deudores libertados de la solidaridad.”

La razón social en este tipo de sociedades, es el nombre bajo el cual actúan o su denominación, es decir con el nombre que han de llevar o realizar su fin, por lo que en este tipo de sociedades este se debe integrar con los nombres de uno o todos los socios y cuando no aparezcan deberá agregarse las palabras “**y compañía**”, tal como lo describe el artículo 27 de la Ley General de Sociedades Mercantiles:

“La razón social se forma con el nombre de uno o más socios, y cuando en ella no figuren los de todos, se le añadirán las palabras “y compañía” u otras equivalentes.”

En lo relativo a la admisión de socios y cesión de derechos, se requiere del consentimiento de todos los socios y sólo bajo el supuesto de que en el contrato social se haya pactado que para tal efecto se requiera únicamente la mayoría de socios de acuerdo a esta sociedad; podrá realizarse dicha cesión o

admisión, pero cuando se trate de la cesión de derechos de la sociedad, el resto de los socios gozarán del derecho del tanto, por lo que su término para ejercerlo será de 15 días.

La modificación al contrato social, es un aspecto importante toda vez que se puede modificar el sentido y fines con que fue creada una sociedad, pero, estas modificaciones tienen que ser apegadas a derecho, no sólo en su forma sino en su procedimiento, por lo que para la modificación de este es necesario el acuerdo de todos los socios que integran ésta, salvo que en el contrato hayan determinado que no es necesario la totalidad sino que basta la mayoría. Y aun así la ley nos da la posibilidad de separarse de la sociedad cuando no se este en acuerdo con la decisión de la mayoría.

La exclusión de uno de los socios la prevé la Ley General de Sociedades Mercantiles, en su artículo 50: *El contrato social podrá rescindirse respecto aun socio:*

- I. Por uso de la firma o del capital social para negocios propios;*
- II. Por infracción al pacto social;*
- III. Por infracción a las disposiciones legales que rijan al contrato social;*
- IV. Por comisión de actos fraudulentos o dolosos contra la compañía;*
- V. Por quiebra, interdicción o inhabilitación para ejercer el comercio.*

Esta exclusión por ministerio de ley es el hecho de sacar o dejar fuera uno o varios de los socios por afectar los intereses de la propia sociedad, o por actuar en beneficio o en contra de la legislación.

Los socios industriales, en este tipo de sociedades son admitidos, el socio industrial es aquel que aporta trabajo o conocimientos a una sociedad, y son denominados así ya que se trata de diferenciarlos de los socios capitalistas que son los que aportan el capital, estos socios industriales, recibirán una aportación para gastos de alimentos, pero esta se computa anualmente y será deducida de su utilidad, pero si esta es menor no tiene la obligación de reintegrar el excedente.

Aun que no se maneja en este capítulo de la Ley General de Sociedades Mercantiles, la junta de los socios esta, no esta prohibida por la Ley y en este sentido si esta contemplada la junta de socios o asamblea, ya que estos sí pueden: admitir nuevos socios; excluir socios; modificar el contrato social; nombrar y remover a los administradores; exigir la rendición de cuentas; acordar el monto que recibirán los socios industriales; entre otras, por lo que la Ley solo se resume a mencionar la pluralidad de los socios y su voluntad, cabe mencionar que la administración puede recaer en uno de los socios o en una persona o personas extrañas, a lo que los socios pueden nombrar un interventor a fin de ver y vigilar en que términos es manejada la compañía, los interventores podrán analizar toda la documentación de la compañía.

La administración ya sea por alguno de los socios o por persona extraña necesariamente deberá de presentar su informe semestral sobre el estado que guarda la sociedad, y extraordinariamente cuando lo solicite los socios; en el caso que no se haya designado administradores, todos los socios ocurrirán a la administración.

3.1.2. Sociedad en comandita simple.

Esta sociedad esta regulada en la Ley General de Sociedades Mercantiles en el Capítulo Segundo, y nos dice que es:

“Es la que existe bajo una razón social y se compone de uno o varios socios comanditados que responden, de manera subsidiaria, ilimitada y solidariamente, de las obligaciones sociales, y de uno o varios comanditarios que únicamente están obligados al pago de sus aportaciones.”

Esta sociedad se caracteriza por la existencia de dos tipos e socios, es decir los comanditados y los comanditarios y su diferencia esta en su aportación, pues mientras una se extiende de manera subsidiaria, solidaria e ilimitadamente, el otro solo responde en base a sus aportaciones.

La razón social o nombre bajo el cual actuará esta sociedad se forma con los nombres de los socios comanditados, es decir los que responden de manera subsidiaria, ilimitada y solidariamente; seguido de “y compañía” cuando no aparezcan los nombres de todos los socios, se agregará Sociedad en comandita o su abreviatura S. en C.

Para los efectos de la cesión de derechos y admisión de nuevos socios de algunos de los socios, se seguirán las reglas de la sociedad en nombre colectivo, por lo que se requiere el acuerdo de la todos los socios salvo pacto en contrario en el contrato social, entonces se requerirá solo de la mayoría, y se respetará el derecho del tanto por 15 días cuando se trate de Cesión de Derechos sociales.

En el caso de muerte de alguno de los socios, se podrá continuar con la sucesión o sus herederos, si así se pactó en el contrato social.

El contrato social es modificable, con el acuerdo de todos los socios si no se dispuso algo diferente en el propio contrato, y los socios que no estén de acuerdo con la modificación al pacto social tienen la opción de retirarse de la sociedad.

Las cuentas se rendirá cada seis meses, para lo que se celebrará un junta, en la misma se analizará el estado total que guarda la propia sociedad, y ésta junta tiene la posibilidad de ser celebrado en el momento en el que los socios así lo convengan para solicitar todo lo referente a la compañía, pudiendo tomar diferentes decisiones en este sentido, como el cambio de administración, o la modificación del pacto social.

Las decisiones sobre la sociedad resolverán los administradores observando el principio de mayoría y en caso de empate resolverán los socios, observado el mismo principio.

El socio industrial, poseen voto en el momento de la toma de decisiones, pero si se trata de varios, solo emitirán un voto en conjunto, esta clase de

socios recibirán una partida especial para gastos de alimentación, misma que generalmente será mensual, aun que ésta se calculará anualmente, y será deducida de su participación, y aun sea mayor los gastos de alimentación estos no serán restituidos por el socio industrial.

La terminación de esta sociedad mediante la rescisión del pacto social para uno de los socios será por las mismas causas de la sociedad en nombre colectivo, ya que así lo dispone el artículo 50 de la Ley General de Sociedades Mercantiles. Que en este apartado solo enumeraremos: Por uso de la firma o del capital social para negocios propios, Por infracción al pacto social, Por infracción a las disposiciones legales que rijan al contrato social, Por comisión de actos fraudulentos o dolosos contra la compañía, Por quiebra, interdicción o inhabilitación para ejercer el comercio; ya que son de fácil comprensión y que son similares a las de la *Sociedad en Nombre Colectivo*.

3.1.3. Sociedad de Responsabilidad Limitada.

Esta sociedad se encuentra normada en la Ley General de Sociedades Mercantiles, en su título cuarto y en este mismo nos proporciona el concepto de la Sociedad de Responsabilidad Limitada, y nos dice en su artículo 58:

“Sociedad de Responsabilidad Limitada es la que se constituye entre socios que solamente están obligados al pago de sus aportaciones, sin que las partes puedan estar representadas por títulos negociables, a la orden o al portador, pues solo serán cedibles en los casos y con los requisitos que establece la presente ley.”

La responsabilidad de los socios en esta sociedad se encuentra limitada ya que únicamente responderán en base a su aportación, en consecuencia en materia de incumplimiento de las obligaciones y reclamar a los socios que integran la sociedad, solo podrá reclamar el total de las aportaciones, salvo que hayan hecho aportaciones accesorias y así lo haya pactado en el contrato social.

La denominación se formara con el nombre de uno o mas socios y en seguida de ello se anotará sociedad de responsabilidad limitada, o sus siglas S. de R. L. y la omisión de esta abreviatura la convertirá en una sociedad de nombre colectivo, por lo que los socios responderán de manera subsidiaria, solidaria e ilimitadamente de las obligaciones contraídas por la sociedad. Si una persona extraña permite que su nombre aparezca en la sociedad, responderá hasta por la mayor de las aportaciones del resto de los socios; es decir que si un extraño aparece en nombre de esta sociedad, es responsable de las obligaciones contraídas por la sociedad en el ejercicio de sus aportaciones.

Para constituir esta sociedad es necesario que se protocolice y no basta el hecho de una inscripción pública, es decir que luego de la celebración de la sociedad, los socios sin contar con los servicios de un notario, inscriban en el Registro Público del Comercio su contrato. El número de socios que admite esta sociedad es siempre menor de cincuenta socios, además impone la obligación de tener un registro de identificación y aportaciones de todos y cada uno de los socios, mismo que deberá constar en un libro especial, libro que debe ser y surtirá sus efectos al momento del registro.

Cuando se pretenda anexar algún socio a la sociedad, exige la Ley a esta Sociedad, que los socios que reúnan la mayor parte capital, estén de acuerdo, salvo pacto en contrario en el contrato social,

Para aumentar o disminuir el capital social, debe seguirse las reglas de la constitución de esta sociedad, y es necesario para la realizarlo que por lo menos las dos terceras partes de los socios estén de acuerdo, excepto en aquellos casos que se trate de cambio de objeto o de aumento de obligaciones, en donde se requiere la decisión unánime de los socios que participan en esta sociedad, lo anterior a lo delicado y riesgoso de la operación.

Las aportaciones de los socios están limitadas en la medida de sus aportaciones, pero hay la posibilidad de aumentar esta, mediante una

participación extraordinaria diferente a las primitivas, en este sentido la limitación es parcial ya que de así pactarlo los socios, podrán aumentar la forma de sus contribuciones, esta condición es en razón a las necesidades de las empresas o sociedades que necesariamente son mercantiles, en su actuar cotidiano requieren de agilidad en sus operaciones.

Las partes sociales en este tipo de sociedad podrán tener valor y categoría distintos, pero estas deben consistir en múltiplos de \$1,000.00 pesos m/n. y aun así estos títulos no son negociables, al momento de la constitución, se debe exhibir por lo menos el cincuenta por ciento del total del capital social.

La cesión del capital debe ser con el acuerdo de los socios que represente la mayoría del capital social, salvo pacto en contrario, pero los efectos de esta cesión no causarán hasta que se inscriba en el Registro Público del Comercio y se anote en el libro especial de los socios. Para los casos de muerte o interdicción no se requiere el acuerdo de los socios salvo que se haya pactado la disolución y liquidación para este caso.

Esta sociedad podrá rescindirse por parte de un socio cuando:

- a) Por uso de la firma o del capital social para negocios propios;
- b) Por infracción al pacto social;
- c) Por infracción a las disposiciones legales que rijan al contrato social;
- d) Por comisión de actos fraudulentos o dolosos contra la compañía, con la actualización de alguno de estos supuestos se rescinde el contrato social, es decir que se excluye aun socio de la sociedad, no que desaparezca la sociedad.

La asamblea de los socios, es el órgano máximo de la sociedad, lo que implica que es aquí donde se toman las decisiones, sobre los lineamientos que deberá tener la compañía en el cumplimiento de su fin, por lo que si esta es el centro de las decisiones, el resto de su forma de integración son meras herramientas para la cumplir adecuadamente su objetivo.

De tal suerte que la asamblea de socios, podrá decidir sobre el balance general, nombramiento de gerentes, tomar acciones sobre los gerentes,

designar al consejo de vigilancia, resolver sobre las aportaciones suplementarias y las prestaciones accesorias, modificar el contrato social, decidir sobre aumento del capital social, decidir sobre la disolución de la sociedad, entre otras. En este orden de ideas la sociedad de responsabilidad limitada, posee su autonomía, misma que es decidida por los socios en la asamblea social.

La administración, estará a cargo de uno a mas gerentes, quienes podrán ser socios o personas extrañas a la sociedad, que serán nombrados en la asamblea o en el contrato social, para el caso de que no sean nombrado en uno u otro, todos los socios se considerarán gerentes, estos gerentes, pueden ser removidos por los socios en cualquier momento salvo pacto expreso en el contrato social, además los gerentes son los encargados de ejecutar los acuerdos a los que los socios lleguen,

Los socios pueden reclamar daños y perjuicios a los administradores, no pudiendo hacerlo en el caso que la asamblea haya otorgado su visto bueno, con tres cuartas partes del capital de la sociedad; esta facultad de reclamar daños y perjuicios, también compete a los acreedores sociales, pero solo se podrá ejecutar después de la quiebra, y si bien es cierto que esta figura ya no existe también lo es que ha sido sustituida por la ley de concursos mercantiles, por lo que debe entenderse que es después de ser concursada dicha sociedad.

Para el mejor funcionamiento de la sociedad es necesario la creación de un órgano de vigilancia, si no se ha formado mediante el contrato social, la asamblea procederá a su formación, pudiendo incluir en él a personas extrañas a la sociedad o a los socios, su función básica será la fiscalización de la gerencia, es una facultad potestativa es decir que tienen aptitud de no formarla o hacerlo si lo creen necesario, los miembros del consejo de vigilancia, serán nombrado y removidos por la asamblea.

3.1.4 Sociedad Anónima.

Esta sociedad está regulada en la Ley General de Sociedades Mercantiles, en su capítulo V, y es precisamente en donde nos propone su concepto, artículo 87:

“Sociedad Anónima es la que existe bajo una denominación y se compone exclusivamente de socios cuya obligación se limita al pago de sus acciones. “

Hay que destacar sobre su concepto, que tiene o posee personalidad propia, que su denominación no tiene un procedimiento específico, sino que hay una liberalidad al respecto, a la par que no hay una sanción por omisión de la siglas S. A. que es la que lo caracteriza, los socios solo se obligan al pago de sus acciones, las participaciones se traducen en títulos de crédito denominados acciones.

La denominación o razón social, según como no los manifiesta el artículo 88 de la Ley General de Sociedades mercantiles:

“La denominación se formará libremente, pero será distinta a la de cualquier otra sociedad, y al emplearse irá siempre seguido de las palabras “sociedad anónima” o de su abreviatura “S. A.”. “

En este sentido, esta sociedad puede adoptar el nombre que desee, con la condición de que no sea similar a otra sociedad o empresa distinta, por lo que bastará el hecho de que contenga las siglas o la mención de ser Sociedad Anónima, y aun así la propia ley no maneja un esquema de presión para que evitar se omita este requisito, es decir que no hay una sanción específica a ésta omisión; además la responsabilidad de los socios se limita al pago de aportación y en el caso de incumplimiento, solo será exigible su aportación.

Para la constitución de la Sociedad Anónima se requiere tal como lo marca el artículo 89 de la Ley General de Sociedades Mercantiles:

“Para proceder a la constitución de una Sociedad Anónima se requiere:

- I. que haya dos socios como mínimo, y que cada uno de ellos suscriba una acción por lo menos;*
- II. Que el capital social no sea menor de cincuenta millones de pesos y que este íntegramente suscrito;*
- III. Que se exhiba dinero en efectivo, cuando menos, el veinte por ciento del valor de cada acción pagadera en numerario; y*
- IV. Que se exhiba íntegramente el valor de cada acción que haya de pagarse, en todo o en parte, con bienes distintos del numerario.”*

En este sentido hay que destacar que para esta sociedad es de vital importancia la formación y reconocimiento del capital, ya que el monto para su constitución es \$50,000.00 00/100 M/N. De igual forma sobre los bienes que aportan deben estar debidamente identificados, así como las exhibiciones sobre el efectivo, y si solo se necesita de dos socios, como mínimo, implica que la pérdida de capital da lugar a la disolución de la sociedad.

Ahora por disposición legal la escritura constitutiva deberá contener artículo 91 de la Ley General de Sociedades Mercantiles:

“La escritura constitutiva de la Sociedad Anónima deberá contener, además de los datos requeridos por el artículo 6º., los siguientes:

- I. La parte exhibida del capital social;*
- II. El numero, valor nominal y naturaleza de las acciones en que se divide el capital social salvo lo dispuesto por el segundo párrafo de la fracción IV del artículo 125;*
- III. La forma y términos en que deba pagarse la parte insoluta de las acciones;*
- IV. La participación en las utilidades concedida a los fundadores;*
- V. El nombre de uno o varios comisarios.*
- VI. Las facultades de la asambleas general y las condiciones para la validez de sus deliberaciones, así como para el ejercicio del derecho de voto, en cuanto a las disposiciones legales pueden se modificadas por la voluntad de los socios.”*

Lo cual nos indica que esta sociedad por su propia y especial naturaleza, debe reunir mas requisitos para su adecuado funcionamiento, no obstante que las facultades que se les otorga, pueden ser modificadas por la voluntad de los socios, con el fin que la empresa funciones tal y como lo desean o estén planeando los miembros, por lo que hay que mencionar que esta liberalidad, debe ser muy vigilada.

Por disposición legal, la Sociedad Anónima, puede ser inscrita mediante, el uso de los servicios de un Notario Público, o mediante una inscripción pública, por lo que hay que observar, que en cualquiera que sea el caso, se deben acatar las disposiciones en el sentido de los requisitos exigidos por la Ley general de Sociedades Mercantiles.

Una vez realizada la suscripción la asamblea general constitutiva, resolverá de acuerdo a lo estipulado por el artículo 100 de la Ley General de Sociedades Mercantiles:

“La asamblea general constitutiva se ocupará:

- I. De comprobar la existencia de la primera exhibición prevenida en el proyecto de estatutos;*
- II. De examinar, y en su caso aprobar el avalúo de los bienes distintos del numerario que uno más socios se hubieren obligado a aportar. Los suscriptores no tendrán derecho a voto en sus respectivas aportaciones en especie;*
- III. Deliberar a cerca de las participaciones que los fundadores se hubieren reservado en las utilidades;*
- IV. De hacer el nombramiento de los administradores y comisarios que hayan funcionado durante el plazo señalado por los estatutos, con la designación de quienes de los primeros han de usar la firma social.”*

Una vez realizada esta asamblea, de la que se levantará un acta, se protocolizará la sociedad junto con los estatutos, de tal suerte que los miembros fundadores, no podrán actuar de ninguna forma mas que para la constitución, bajo la pena de que cualquier actuación no sea acordada por la

asamblea general, será nula, artículo 101 y 102 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Los miembros fundadores, son aquellos que realizan u otorgan el contrato social, mismos que pueden tener ciertas prerrogativas en entre las que destacan la creación de bonos especiales que serán negociables o canjeables, participaciones superiores a los accionistas, siempre y cuando sean acordadas así en la asamblea general, en este sentido, estos socios fundadores, son una categoría distinta al resto de los socios.

Esta clase de sociedades tienen un capital, que será representado por acciones y estas acciones por títulos nominativos que podrán ser de valor distinto, pero sin que su totalidad represente el capital, artículos 111, 112, 113 de la Ley General de Sociedades Mercantiles; cada acción representará un voto, pero podrá pactarse que determinadas acciones solo puedan votar cuando se celebre una asamblea extraordinaria según la Ley General de Sociedades Mercantiles, en su artículo 113.

La distribución de las utilidades se hará en base a las acciones que posea cada socio, pero no podrán suscribir mas acciones hasta no ser pagadas íntegramente, y el suscriptor de los títulos, será responsable por ellos por un periodo hasta de cinco años, además cuando se realice una venta tendrá que ser por corredor titulado. Artículos 117, 133 y 120 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Todas las acciones que sean expedidas por esta Sociedad, necesariamente deberán llevar los siguientes requisitos artículo 125 de la Ley General de Sociedades Mercantiles:

“Los títulos de las acciones y los certificados provisionales deberán expresar:

- I. El nombre, nacionalidad y domicilio del accionista;*
- II. La denominación, domicilio y duración de la sociedad;*

III. La fecha de la constitución de la sociedad y los datos de inscripción en el Registro Público del Comercio:

IV. El importe del capital social, el número total y valor nominal de las acciones;

Si el capital se integra mediante diversas o sucesivas series de acciones, la mención del importe del capital social y el número de acciones se concretará en cada emisión, a los totales que alcance cada una de dichas series.

Cuando así lo prevenga el contrato social, podrá omitirse el valor nominal de las acciones, en cuyo caso se omitirá también el importe del capital social;

V. Las acciones que sobre el valor de la acción haya pagado el accionista o la indicación de ser liberada;

VI. La serie y el número de las acciones o del certificado provisional, con indicación del número total de acciones que correspondan a la serie;

VII. Los derechos concedidos y las obligaciones impuestas al tenedor de la acción y, en su caso, las limitaciones del derecho de voto;

VIII. La firma autógrafa de los administradores que conforme al contrato social deban suscribir, el documento, o bien la firma impresa en facsímil de dichos administradores, a condición, en este último caso, de que se deposite el original de las firmas respectivas en el Registro Público de Comercio en que haya registrado la sociedad.”

Las sociedades Anónimas, deberán llevar un registro de las acciones mismo que deberá identificar específicamente a cada una de las acciones, en las que deberá de registrar nombre, nacionalidad, pertenencia, número, clases series, exhibiciones, y en su caso transmisión, por lo que dicho registro deberá ser inscrito artículos 128 y 129 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

La administración de la Sociedad Anónima, será a cargo de uno o varios mandatarios temporales y revocables, estos mandatarios pueden pertenecer o no de la sociedad, es decir extraños a la sociedad. Artículo 142 de la Ley General de Sociedades mercantiles.

Cuando haya más de dos administradores, se formará un consejo, en el que habrá un consejo de administración, para lo que el orden que resultara de importancia, pues el primero en ser nombrado tomará el cargo de presidente de dicho consejo, a no ser que haya una disposición en contrario contenida en el contrato social, las decisiones que se tomen por el consejo de administración será siempre por mayoría, para el funcionamiento correcto y legal del consejo de administración tendrá que asistir por lo menos el cincuenta por ciento de sus miembros, así mismo las decisiones fuera de consejo, pero tendrá que ser unánimes, y confirmadas por escrito; el caso de empate de el presidente del consejo tiene el voto de calidad.

Los administradores pueden ser revocados, sea a uno o a todos, pero si solo es a uno y es necesario la toma de una decisión y no hay quórum legal para tomar la determinación, se designará a un administrador provisional por parte de los comisarios, y de igual forma se actuará cuando uno de los administradores sea impedido por alguna causa o por su fallecimiento. Artículo 155 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

La responsabilidad de los administradores con la sociedad es solidaria, cuando se trate de las aportaciones reales de los socios, de los requisitos legales y estatutarios, del dividendo que se pague a los socios, de lo relativo al sistema de contabilidad de la empresa, y del cumplimiento de los acuerdos tomados por la asamblea, tal como no los describe el artículo 158 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

La vigilancia de la Sociedad Anónima, se integra por uno o varios comisarios revocables y temporales, que bien pueden ser o no socios; no podrá ser comisario los que se encuentren impedidos por la ley, ni los que siendo empleados de la sociedad sean accionistas de mas de un veinticinco por ciento, ni los que tengan relación consanguínea o de afinidad con los administradores. Artículo 164 y 165 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

La responsabilidad de los comisarios será individual, ante el incumplimiento de la ley y de las obligaciones que se les imponga en el contrato social, por lo que para su cumplimiento, podrán tener personas a su cargo que le auxilien en los casos de requerimientos técnicos o profesionales, en este sentido, serán contratados por el comisario.

3.1.5. Sociedad en Comandita por Acciones.

La Sociedad en Comandita por Acciones, es una variante entre la Sociedad en Comandita Simple, ya que los elementos que le permiten funcionar se encuentran en estas, y lo que respecta a las acciones, que es lo diferencia a las sociedad en comandita por acciones y simple se encuentra en la Sociedad Anónima, y esta Sociedad en Comandita por Acciones esta regulada en la Ley General de Sociedades Mercantiles en el Capítulo VI.

Esta sociedad, es muy similar a la Sociedad Anónima en cuanto a sus acciones, ya que por disposición legal en el artículo 207 de la Ley General de Sociedades Mercantiles así lo establece, aun que en cuanto a su funcionamiento es semejante a la Sociedad en Comandita Simple.

La Sociedad en Comandita por Acciones se define como: *“la que se compone de uno o varios socios o varios socios comanditados que responden de manera subsidiaria, ilimitada y solidariamente de las obligaciones sociales, y de uno o varios comanditarios que únicamente están obligados al pago de sus acciones.”* Artículo 207 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Por lo que nos resulta hacer una comparación con el concepto de la sociedad en comandita simple y la diferencia que encontramos es que la sociedad en comandita simple, a los comanditarios están obligados al pago de sus aportaciones, mientras que en la sociedad en comandita por acciones, los comanditarios están obligados al pago de sus acciones, esto significa que la primera no necesariamente tienen un capital representado por acciones, y la segunda sí su capital se representa en acciones, por ello en lo referente a las acciones, se debe regir conforme a las reglas de la Sociedad Anónima, ya que

esta como lo hemos visto si maneja este esquema de acciones, y en cuanto su forma de operación es similar a la Sociedad en Comandita Simple.

Las acciones que representan el capital de la sociedad en Comandita por Acciones, dividirá su capital en acciones, mismas que serán cesibles, con el acuerdo de la totalidad de los socios comanditados y las dos terceras partes de los socios comanditarios, Artículo 209 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

De igual forma para la integración de su denominación social podrán figurar los nombres de los socios, seguidos de Sociedad en Comandita por Acciones, o de su abreviatura S. en C. por A. según el Artículo 210 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

En Sociedad en Comandita por Acciones, la persona que permita, que aparezca su nombre en la razón social, esta obligado por ese solo hecho, aun que sea persona ajena o extraña; cuando un socio se separe no impedirá que continúe pero si nombre apareciere en la razón social, deberá anexarse la palabra "sucesores"; de igual forma deberá agregarse "sucesores", a la sociedad que haya servido a otra y esta se haya transferido a una nueva. En virtud e los dispuesto por los artículos 28, 29, 30, y 211 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Los socios comanditarios, no pueden ejercer actos de administración, no reputándose actos de comercio la vigilancia y las autorizaciones, en caso contrario será responsable solidariamente de las obligaciones adquiridas, de igual forma será responsable con los terceros si habitualmente ha ejercido actos de administración. Artículo 53, 54, 55 y 211 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Respecto a los socios comanditarios, no se puede suprimir en el contrato social, su responsabilidad ilimitada y solidaria de los socios, pero si se puede que a determinado socio, se le limite a una proporción determinada; en el contrato social puede incluirse que con la muerte de uno de los socios, se

continúe con sus herederos; los comanditarios están obligados a no dedicarse a objeto social que le genere competencia a la sociedad de que forma parte, la pena por hacerlo es la separación de la sociedad, cuando sea administrador y se haya pactado su inamovilidad, solo será separable por sentencia judicial; Artículo 26, 32, 35, 39, y 211 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

La Sociedad en Comandita Por Acciones puede rescindirse de acuerdo a la Ley General de Sociedades Mercantiles en su artículo 50:

El contrato social podrá rescindirse respecto a un socio:

- VI. Por uso de la firma o del capital social para negocios propios;*
- VII. Por infracción al pacto social;*
- VIII. Por infracción a las disposiciones legales que rijan al contrato social;*
- IX. Por comisión de actos fraudulentos o dolosos contra la compañía;*
- X. Por quiebra, interdicción o inhabilitación para ejercer el comercio.*

3.1.6. Sociedad Cooperativa.

La finalidad principal de las Sociedades Cooperativas, es tratar de mejorar las condiciones de vida de la sociedad, mediante la ayuda y solidaridad, en este sentido lo que se pretende es abolir las condiciones de marginalidad de la población para lo que se tratara de ofrecer los servicios o bienes dependiendo de su objeto en una mejor condición a la ciudadanía, para esta pueda acceder a los servicios mínimos, cave aclarar que la Sociedad Cooperativa no persigue un fin lucrativo, pero sí la realización de actos de comercio.

La Sociedades Cooperativas, se regirán por su legislación especial artículo 212 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, es decir la Ley General de Sociedades Cooperativas.

El artículo 2° de la Ley General de Sociedades Cooperativas, define a esta Sociedad como:

“La Sociedad cooperativa es una forma de organización social integrada por personas físicas con base en intereses comunes y en los principios de solidaridad, esfuerzo propio y ayuda mutua, con el propósito de satisfacer necesidades individuales y colectivas, a través de la realización de actividades económicas de producción, distribución y consumo de bienes y servicios.”

En la constitución de las sociedades cooperativas deberá de observar las reglas del artículo 11 de la Ley General de Sociedades cooperativas:

“en la Constitución de las Sociedades Cooperativas se observará lo siguiente:

- I. Se reconoce un voto por socio, independientemente de su aportación;*
- II. Será de capital variable;*
- III. Habrá igualdad esencial en derechos y obligaciones de sus socios e igualdad de condiciones para las mujeres;*
- IV. Tendrá duración indefinida; y*
- V. Se integrará con un mínimo de cinco socios.”*

Lo que nos indica que lo que se busca es el hecho de que haya condiciones generales, es decir que no haya diferencias marcadas entre los socios, y buscar su fin ya que esta sociedad lo que pretende es la ayuda mutua, para tratar de conseguir condiciones de mejora colectiva e individual.

La constitución de esta sociedad deberá celebrarse en asamblea general de los interesados, de la que se levantará un acta que debe contener: los datos generales de los fundadores; los nombres de las personas que hayan resultado electas para integrar por primera vez consejos y comisiones, y además la base constitutiva, los socios, deberán de acreditar su identidad con su firma y huella digital, además de su voluntad de querer constituir la sociedad, ante fedatario público; conforme al artículo 12 de la Ley General de Sociedades Cooperativas.

La Sociedad Cooperativa tendrá una base misma que debe cumplir con los requisitos de artículo 16 de la Ley de la materia.

Por lo que nos exige los siguientes:

La base constitutiva de las sociedades cooperativas contendrá:

- I. Denominación y domicilio social;*
- II. El objeto social, expresando concretamente cada una de las actividades a desarrollar;*
- III. Los regimenes de responsabilidad complementada o suplementada de sus socios, debiendo expresar en su denominación el régimen adoptado;*
- IV. Forma de constituir o incrementar el capital social, expresión del valor de los certificados de aportación, forma de pago y devolución de si valor, así como la valuación de los bienes y derechos en caso de que se aporten;*
- V. Requisitos y procedimientos para la admisión, exclusión y separación voluntaria de los socios;*
- VI. Forma de constituir los fondos sociales, su monto, su objeto y reglas para la aplicación;*
- VII. Áreas d trabajo que vayan a crearse y reglas para su funcionamiento y en particular de la educación cooperativa en los términos del artículo 47 de esta ley;*
- VIII. Duración del ejercicio social que podrá coincidir con el año del calendario, así como el tipo de libros y actas de contabilidad a llevarse;*

- IX. Forma en que deberá caucionar su manejo el personal que tenga fondos y bienes a su cargo.*
- X. El procedimiento para convocar y formalizar las asambleas generales ordinarias que se realicen por lo menos una vez al año, así como las extraordinarias que se realizarán en cualquier momento a pedimento de la asamblea general, del consejo de*

administración, del de vigilancia o del 20% del total de los miembros;

XI. Derechos y obligaciones de los socios, así como mecanismos de conciliación y arbitraje en caso de conflicto sobre el particular;

XII. Formas de dirección y administración interna, así como sus atribuciones y responsabilidades; y

XIII. Las demás disposiciones necesarias para el buen funcionamiento de la sociedad cooperativa siempre que no se oponga a lo establecido en esta ley.

Las cláusulas de las bases constitutivas que no se apeguen a lo dispuesto por esta Ley, serán nulas de pleno derecho para todos los efectos legales correspondientes.

Lo que nos indica que esta sociedad debe tener específicamente diseñado su formación y funcionamiento desde el momento de su constitución, es decir a que se dedicará, la sociedad, su monto del capital, las áreas de trabajo, el ejercicio de la sociedad, el manejo y su caución del capital, y en general como es que debe tener un buen funcionamiento.

Por otra parte la Sociedad Cooperativa no persigue un fin de lucro, es decir que no necesariamente tiene por objeto la reproducción del capital aportado por los socios, sino que pretende, ofrecer mejores precios a los socios cooperativista, para ayudarlos y tratar de eliminar las condiciones de marginalidad, es claro que es una idea mas social que económica, pero en algún momento si tendrán un excedente, a consecuencia de su funcionamiento,

este será repartido entre los socios de acuerdo a las adquisiciones, que hayan realizado durante el ejercicio fiscal. Artículo 24 de la Ley General de Sociedades Cooperativas.

El funcionamiento y administración de las Sociedades Cooperativas estará a cargo de la asamblea general, un consejo de administración, Consejo de Vigilancia, comisiones establecidas por ley y por la asamblea general. Los

integrantes del consejo de administración y vigilancia serán nombrados y removidos por la asamblea general, de igual manera los miembros de las comisiones, que hayan nombrado en la asamblea general. Artículos 34, y 36 fracción V de la Ley General de Sociedades Cooperativas.

La Asamblea General de las Sociedades Cooperativas, conocerá de la aceptación y exclusión de los socios, de las modificaciones a las bases constitutivas, aprobación del sistemas y planes de producción, aumento y disminución del capital social, nombramiento y remoción de los miembros del consejo de administración, consejo de vigilancia y de las comisiones, examen del sistema contable, informes del consejo, sobre la responsabilidad de los miembros del consejo de administración y vigilancia, así como de las comisiones, para sancionar en su caso, reparto de excedentes y percepciones, aprobación de medidas de tipo ecológico, y siempre las decisiones que se adopten por esta asamblea deberán respetar el principio de mayoría.

Lo que nos indica que la asamblea general es quien goza de la mayoría de las atribuciones, y que es ésta quien decide el destino de la sociedad, por lo que ésta debe tener un sistema bien definido para la toma de decisiones, pues el riesgo que implica es que la sociedad deje de funcionar y por tanto tenga que liquidarse.

El consejo de administración está integrado por un presidente, secretario y un vocal, pero cuando ésta sociedad tenga 10 o menos socios bastará que se nombre un administrador, y para el periodo de su gestión es necesario que presente un aval o una fianza, para garantizar el cumplimiento de su obligación social. Artículo 43 de la Ley General de Sociedades Cooperativas

El consejo de vigilancia se integra por un número impar de socios, que no rebasen de cinco y cada uno tendrá suplente, de entre los que se nombrará a un presidente, un secretario y un vocal, la forma de designación de su cargo será en el mismo orden que a los administradores, las comisiones durarán en su encargo el mismo tiempo que dure el consejo de vigilancia y el de administración, cuando la Sociedad tenga diez socios o menos, bastará que se

nombre un comisionado de vigilancia, según los artículos 42 y 45 de la Ley General de Sociedades Cooperativas.

Las Sociedades Cooperativas, tiene un tiempo de duración por lo que está sociedad puede ser disuelta por la causas que refiere el artículo 66 de la Ley General de Sociedades Cooperativas.

“Las sociedades cooperativas se disolverán por cualquiera de las siguientes causas:

- I. Por la voluntad de las dos terceras partes de los socios;*
- II. Por la disminución de socios a menos de cinco;*
- III. Por que llegue a consumarse su objeto;*
- IV. Porque el estado económico de la sociedad cooperativa no permita continuar las operaciones; y*
- V. Por la resolución ejecutoriada dictada por los órganos jurisdiccionales que señala el artículo 9° de esta ley.”*

3.1.7. Cuadro comparativo sobre las diferencias esenciales entre las Sociedades reconocidas en México y la Asociación en Participación.

Una vez analizado de manera somera las Sociedades Mercantiles reguladas por la Legislación respectiva, trataremos de hacer las diferencias con la Asociación en Participación, ya que si bien es cierto que la Ley General de Sociedades Mercantiles, no menciona a la Asociación en Participación en su artículo 1° en el que reconoce a las sociedades mercantiles, también es cierto que le asigna un apartado en el capítulo XIII y lo titula de la Asociación en Participación, por lo que nos da pie a pensar que es una cuasi sociedad. En virtud de ello formamos el siguiente cuadro comparativo.

Elementos que caracterizan a una sociedad	Sociedades mercantiles reconocidas por la Legislación.	Asociación en participación
Registro	Si	No

Personalidad jurídica	Si	No
Protocolización	Si	No
Patrimonio propio	Si	No
Domicilio	Si	No
Razón social o denominación	Si	No
Órganos sociales	Si	No
Derecho de información	Si	No
Voto en toma de decisión	Si	No

Del anterior cuadro nos resulta claro que la Asociación en Participación, no es una sociedad, ya que no llega a tener los elementos que caracterizan al sociedad, por lo que no llegará a tener su funcionamiento, es decir que no obstante que crezca tanto económicamente, su carácter de sociedad no lo tendrá ya que por disposición de Ley se lo impide, ni aún asociándose con una persona moral.

3.2. La Sociedad y la Asociación. Estrictas diferencias.

Las relaciones que crea el hombre, para hacer su vida mas fácil, pueden ser de distintos tipos, incluso puede que estas no caigan en el ámbito de lo jurídico, y que no tengan relevancia, sin embargo hay muchas que si la tienen, este es el caso de los contratos, la sociedades y las asociaciones, diversas mas que pudiéramos enumerar, pero el caso concreto de las asociaciones y de las sociedades, es un punto importante ya que se trata de dos figuras distintas así catalogadas por disposición legal, en este sentido se debe atender a los factores, que impulsan su creación, y de los fines que persiguen los particulares al pretender realizar un acto jurídico de esta naturaleza, deben ser siempre acordes para lograr el fin propuesto por los particulares.⁴⁶

La Asociación se entiende como:

⁴⁶ VID. ZALDIVAR Enrique, Cuadernos de Derecho Societario, “Aspectos Generales” Tomo I Ed. Macchi, Argentina 1973. P. 46

“Cuando varios individuos convienen en reunirse, de manera que no sea enteramente transitoria, para realizar un fin común que no esté prohibido por la ley y que no tenga carácter preponderantemente económico, constituyen una asociación. Artículo 2670 del Código Civil para el Distrito Federal.”

De aquí debemos destacar aspectos de vital importancia, primero la existencia de un acuerdo de voluntades, mediante un consentimiento; segundo el hecho que la reunión no sea transitoria, es decir que no se trate de un asunto que solo será utilizado por una ocasión; el fin común es decir que pretendan tener un resultado en el que su acuerdo este determinado y aceptado por los que celebrando este acto; no tener un fin preponderantemente económico, es decir que no se trate de generar ganancias para si o para alguno de los asociados.

La sociedad por el contrario se define como:

“Por el contrato de sociedad, los socios se obligan mutuamente a combinar sus recursos o sus esfuerzos para la realización de un fin común, de carácter preponderantemente económico, pero que no constituya una especulación comercial. Artículo 2688 del Código Civil para el Distrito Federal.”

Donde encontramos que los aspectos que caracteriza a este definición y a la sociedad son: la obligación de combinar recursos o esfuerzos, el fin común, el elemento de la preponderancia económica, y que no constituya una especulación comercial.⁴⁷

En este sentido las diferencias básicas entre la asociación y la sociedad, son:

- 1) Mientras que la asociación busca un fin común mediante la reunión de los individuos que la integran; la sociedad busca conseguir el fin mediante la obligación de mutua para combinar sus esfuerzos.

⁴⁷ VID. DIAZ BRAVO Arturo, Derecho Mercantil Ed. Iure, México 2002. P. 65

- 2) La Asociación, prevé que la reunión no sea transitoria, la sociedad, da por hecho que es permanente, o hasta que su duración concluya, es decir que ya obligados tiene que continuar con su actuaciones. Y
- 3) La asociación no tiene un fin económico o lucrativo mientras que la sociedad sí y este es uno de sus principales características, y además la sociedad no debe tener un carácter comercial, ya que es sociedad civil, y no mercantil.

No es claro que para diferenciar a la sociedad y la asociación hay que recurrir a la legislación civil, ya que es la que contempla los conceptos, sin embargo si bien el concepto es importante, no significa que la sociedad mercantil y la civil sean similares, ni que la asociación y la asociación en participación (que es la figura que contempla la Ley General de Sociedades Mercantiles.) tengan identidad de funcionamiento y operación.⁴⁸

3.2.1. La Mercantilidad en la Asociación y la Sociedad.

Las sociedades o asociaciones necesariamente al llevar a cabo sus actos tendientes a cumplir con su fin común, realizan actos de naturaleza mercantil, sin embargo estos actos no necesariamente implican una especulación comercial, no se puede impedir que la realicen, ya que no se puede atentar contra las personas, y sus atributos, su capacidad es plena, vasta que quieran obligarse y puedan cumplir con sus obligaciones aun sean contraídas en el ámbito mercantil, cuando estén constituidas como civil.

La mercantilidad, o la especulación comercial dentro de estas figuras, es lo que parte la división entre la materia civil y la mercantil, ya que es la que les permite funcionar en una u otra forma, es decir que si se constituyen como una sociedad civil, deberá de abstenerse de participar en actos de comercio o que impliquen una especulación mercantil, y en caso de hacerlo necesariamente, deberá estar sujeto a las reglas de materia mercantil.

⁴⁸ VID. BARRERA GRAF Jorge, Instituciones DE Derecho Mercantil, Ed. Porrúa Cuarta Edición México 2000, P. 239.

Es por ello que para saber si un acto y la actividad que se realiza es mercantil se debe atender a quien lo realiza y que realiza es decir que el criterio para identificar se basa en la personas y en el acto, de tal suerte que si una persona mercantil o no realiza actos de comercio, se regirá necesariamente por la legislación comercial, artículo 1050 del Código de Comercio y aun tengan una especulación comercial, y si el acto que realiza es propio para cumplir su fin común, también será regulado por la legislación mercantil, ya que los actos que realiza para cumplir con su fin no son actos separados, sino que tienen su origen en esta especulación mercantil.

En este orden de ideas la legislación mercantil regula a los comerciantes en su actividad y a los que no lo son pero que ejecutan actos de comercio, ya sea para cumplir con un fin comercial o no; o que el acto que realiza sea ocasional.

3.2.3. La Asociación en Participación como un contrato.

Para ser mas claro en este sentido, hay que hacer varias puntualizaciones necesarias, en primer lugar, la asociación en participación no es una sociedad mercantil, tampoco es una asociación civil, y tampoco es una sociedad civil, pero lo que si es que es una especie de sociedad que no tiene personalidad ni atributos inherentes a ella. Sin embargo si contiene un acuerdo de voluntades, para un fin específico.

Hay que ver a la asociación en participación como un contrato, ya que por disposición legal del artículo 252 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, le asigna el término de contrato.

“Artículo 252 de la Ley General de Sociedades Mercantiles:

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 perdidas de una negociación mercantil o de una o varias operaciones de comercio.”

Para entenderlo debemos analizar a la luz del artículo 1792 y 1793 del Código Civil, ya que es la legislación que nos da la definición, y ya que es competente toda vez que la podemos aplicar de manera supletoria, pues así lo permite el artículo 2° de Código de Comercio, y con las reglas de la aplicación supletoria; es decir que exista la figura, en la materia que se plantea usar la supletoriedad; que no haya disposición al respecto en la ley de la materia; que esté autorizada la supletoriedad; y que no contravenga las disposiciones de la materia a la que se le aplicará la supletoriedad, en virtud de lo anterior podemos aplicarla a la materia mercantil.

“Artículo 1792 Convenio es el acuerdo de dos o mas personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones.”

“Artículo 1793 Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos”.

Ahora para la correcta integración del contrato debemos puntualizar que posee los elementos esenciales: el consentimiento y el objeto, ya que la solemnidad no es requerida para este tipo de actos, y además de ello también, cuenta con los requisitos de validez, que no son otra cosa la exteriorización adecuada para que el acto surta sus efectos plenamente.

Además el artículo 254 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, manifiesta que esta Asociación en Participación no estará sujeta a registro, lo que indica que es solo un contrato privado, y que no habrá por tanto publicidad del acto, en virtud del cual no surte efectos con terceros.

El artículo 255 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, nos dice que en el contrato de Asociación en Participación, deberá incluirse las proporciones de interés y todo lo necesario para el funcionamiento de esta, en virtud de lo cual manifiesta que la forma y modo de las obligaciones están en proporción a como se puede obligar cada una de las partes, mediante las

cláusulas y por estas se sabrá que cual es la forma en la que se obligo cada uno de los Celebrantes.

En este sentido el hecho generador de la Asociación en Participación, es un contrato, pues solo en los casos que no haya disposición en materia de funcionamiento, disolución y liquidación, se tomarán las reglas de la Sociedad en Nombre Colectivo, siempre y cuando no contravenga a la Asociación en Participación. Es decir que si hay disposiciones en concreto, no será necesario el auxilio de las disposiciones autorizadas. Artículo 256 y 259 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.⁴⁹

3.2.4. Naturaleza Jurídica.

Se debe entender a la naturaleza jurídica de cualquier institución, la que le haya dado origen a su nacimiento a la vida jurídica, por lo que la primera pista para ello es el antecedente de la figura y en segundo lugar la similitud que pueda llegar a tener con otra, lo que nos indicará de donde surge la figura que tratamos de analizar, por sus manifestaciones. En este sentido, se debe tomar en cuenta que si bien una figura, puede surgir de otra, también lo es que la primera esté regulada bajo un sistema, y que su antecedente o historia se haya en otro sistema de otro estado nación, lo que cambiaria radicalmente las cosas, ya que en un sistema puede asignársele ciertas características que no tendrá en el sistema actual, de nuestra legislación.

Hay opiniones divididas en cuanto a sí la Asociación en Participación su naturaleza jurídica contractual o social (una especie de sociedad), pero sostengo que su naturaleza es contractual, ya que para su creación, funcionamiento y disolución, se atiende a las reglas que se plasman en el contrato, ahora que si ante la ausencia de disposición se tomen las reglas de una sociedad, no lo hace una; y si bien es cierto que hay una comunidad de intereses buscando una especulación comercial, no solamente las sociedades pueden ejercer actos de comercio, y esta especulación nace con la celebración

⁴⁹ Op. Cit. VID. MANTILLA MOLINA Roberto P 194

de un contrato, que es precisamente el que reúne los elementos necesarios para poder entrar en la posibilidad de generar ganancias o beneficios.⁵⁰

3.2.5. Elementos Personales.

Estos elementos personales varían de acuerdo a la sociedad a que hago referencia, ya que identifican a las partes que intervienen en cada acto, es decir que si se trata de un contrato de compraventa recibirán un nombre distinto que el contrato de arrendamiento, y por tanto ocurrirá de la misma forma en la Asociación en Participación.

En la Asociación en participación los elementos personales serán el asociado y el asociante, con la observación de un tercero que no tiene nada que ver con el contrato, pero que hace posible la consecución del fin de esta sociedad. Artículo 256 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

El asociante: es el dueño y dirigente de la negociación u operación mercantil, es el que ha invitado a una o varias personas a participar en esta negociación, y es el dueño ya que en relación con terceros el asociado no tiene ninguna relevancia ni siquiera sabe que existe, ya que los bienes o servicios que se aportan pasan al patrimonio del asociante.⁵¹

El asociado: es el que aporta bienes o servicios a una negociación mercantil, con la esperanza de obtener utilidades. Mismo que no tiene ninguna influencia en el negocio.

Por lo anterior se ha planteado que hay una sociedad oculta, pues el asociante, es el encargado de todo lo referente a la negociación mercantil, y al actuar para tratar de lograr el fin común, actúa bajo su arbitrio, y nunca da a conocer la existencia de un asociado que este aportando bienes o servicios.⁵²

⁵⁰ VID, Op. Cit. GARCÍA RENDÓN. Manuel, p. 606.

⁵¹ VID. CERVANTES AHUMADA Raúl, Derecho Mercantil Primer Curso Ed. Porrúa, Tercera Edición, México 2004.

⁵² CARBALLO YAÑEZ Erick (etal), Formulario Teórico Practico de Contratos Mercantiles Ed. Porrúa México 2005. P. 86-87.

Afirmo que sí hay una asociación oculta, pero que es una asociación y no una sociedad, ya que la sociedad no puede ser oculta por el solo hecho de la protocolización y el registro, que éste último nos proporciona publicidad y efectos en relación a terceros. Por lo que debe denominarse asociación oculta.

Y es asociación oculta pues el propio contrato lo permite, en el sentido en que el asociado, cumple su obligación con la aportación, y no se otorga derecho alguno a solicitar información sobre la negociación mercantil que se especula, así mismo el asociante actúa en nombre propio, haciendo la presunción legal que los bienes con los que se pretende cumplir el objeto del contrato son del asociante, salvo lo que prevenga la legislación o se estipule lo contrario en el contrato.

En relación al tercero, lo primero es decir que no hay relación entre el asociado y el tercero en virtud de que cuando el asociante actúa, lo hace en forma propia debido a que los bienes aportados pasan al patrimonio del asociante, por ello la relación que se da entre el asociante y el tercero es independiente del asociado, por lo que en este sentido se reconoce el principio "*res inter alios acta*" que significa que lo pactado por las partes en un contrato no afecta a terceros.

En este sentido el tercero es solo un medio para el cumplimiento del fin de este contrato y no parte, por tanto no hay relación entre el tercero y el asociante.⁵³

3.2.6. Función Jurídica del Contrato de Asociación en Participación.

Este es un tema muy importante, ya que plantea la interrogante para que fue creado el contrato, y si con el paso del tiempo ha respondido a las necesidades jurídicas y reales. Es decir cual es el lugar de utilidad que ocupa

⁵³ VID. VAZQUEZ DEL MERCADO Oscar, Contratos Mercantiles. Undécima edición Ed. Porrúa México p. 566.

el contrato en sí, y como es que su importancia debido a la necesidad de utilizarlo lo ha hecho evolucionar.

La función jurídica de la Asociación en Participación, es el generar relaciones, para optar por especulaciones comerciales, desde luego dándole tanta agilidad a las negociaciones como sea posible, por ello es que no se requiere la protocolización, y basta solo que se tenga por escrito como un contrato privado, y estando libre de registro, lo anterior es el paradigma de las sociedades mercantiles y las asociaciones civiles, ya que es una propuesta ecléctica de las anteriores.

Necesariamente estas condiciones y supuestos han respondido a la necesidad de dar celeridad a las negociaciones mercantiles, solo que el extremo ha causado diversos problemas, ya que como mencionamos en el capítulo primero, si se actúa de buena fe y con los límites que la ley nos indica se llegará a buen término o se continuará con la asociación, en caso contrario, estamos en presencia de un mecanismo dañino, no preventivo, y que pone en duda la función del Estado ya que no brinda seguridad jurídica en las instituciones que plantea a consecuencia de la publicación de la legislación.

En este orden de ideas hay que responder a las necesidades sociales, sí con la mayor probidad, pero sin descuidar el aspecto normativo y preventivo que es uno de los primeros caracteres de los que se debe ocupar el Estado mediante sus órganos jurisdiccionales.

3.3. Tributación de la Asociación en Participación.

La Asociación en Participación, es una unidad económica, es decir que en el ejercicio de sus funciones tiene un carácter económico, y una especulación comercial, por lo que también tiene en algún momento representar un beneficio para los celebrantes (asociante y asociado), lo que significa que ese beneficio debe, necesariamente participar el Estado mediante los impuestos que esta obligado a cumplir consecuencia de su actividad económica.

En este sentido toda aquella persona que obtenga un beneficio a consecuencia de su actividad debe hacer al Estado participe, de su beneficio, es decir debe enterarlo, para poder determinar la cuantía del impuesto, después de ello pueden pasar varias cosas, entre las que destacan, que el sujeto obligado al pago de impuestos, haga valer las deducciones, derivado de otras operaciones, o tal vez la compensación, o quizá solo pague los impuestos, en cualquiera de los casos, la obligación de pagar impuestos nace en el momento que el sujeto se coloca en un supuesto normativo del artículo 8° de la Ley del Impuesto Sobre la Renta.

3.3.1. Impuesto.

El impuesto es la medida en la que se debe cumplir con una obligación de índole fiscal, por lo que el impuesto es:

“Es el tributo cuya obligación tiene como hecho generador una situación independiente de toda actividad estatal relativa al contribuyente.”⁵⁴

Por lo que el tributo se entiende como las prestaciones en dinero que el estado, en ejercicio de su poder de imperio, exige con el objeto de obtener recursos, para el cumplimiento de sus fines. Y la diferencia entre el impuesto y el tributo, es que el tributo es el género y el impuesto la especie, ya que el tributo se puede dividir para su estudio en impuesto, tasa o derecho, contribuciones especiales.

En este sentido los obligados a pagar impuestos, están descritos, por la Constitución Federal, en su artículo 31 fracción IV, de las obligaciones de los mexicanos:

“Contribuir para los gastos públicos, así de la federación, como del Distrito Federal, Estado y Municipios en que residan, de la manera proporcional y equitativa que dispongan las leyes.”

⁵⁴ CARRASCO IRIARTE Hugo, Derecho Fiscal I, Tercera edición, Editorial Iure, México 2004.P. 175.

De aquí se pueden destacar los siguientes elementos, la obligación de pagar al estado, la residencia del contribuyente determina la forma de los impuestos cuando se trata de materia local y municipal, la proporcionalidad y equitatividad de los impuestos, cual es el destino de los impuestos, por lo que describe brevemente cual es el proceso de los impuestos.⁵⁵

Ahora una vez que tenemos claro que la obligación de pagar impuestos es general, aclaramos que la Asociación en participación, si debe pagar impuestos, ya que el artículo, 1° del Código Fiscal de la Federación, lo establece expresamente, por un lado, que las personas físicas están obligadas, al pago de impuestos, y es claro que en la asociación en participación hay una personalidad diferente a la de los socios, por lo que los partícipes son personas físicas o morales ya establecidas, en virtud de lo anterior deben pagar impuestos, dependiendo de su objeto y de la especulación comercial, para poder ser cuantificable.

Por su parte el artículo 1° de la Ley del Impuesto Sobre la Renta manifiesta de igual forma que las personas físicas y morales deben pagar el impuesto respectivo, lo que nos indica que si el principio de que la obtención de recursos debe ser enterada al estado, y la asociación en participación obtiene un beneficio debe enterar al estado.

Así mismo el artículo 8° de la Ley del Impuesto Sobre la Renta, pone en un mismo rubro a las sociedades y a la asociación en participación, esto lo hace solo para el caso del pago de impuestos, y para los efectos de las contribuciones y no por el que en realidad la compare.

“Cuando en esta Ley haga mención a persona moral, se entienden comprendidas, entre otras, las sociedades mercantiles, los organismos descentralizados que realicen preponderantemente actividades empresariales, las instituciones de crédito, las sociedades y asociaciones civiles y la asociación

⁵⁵ FERNÁNDEZ MATRÍNEZ Refugio de Jesús, Derecho Fiscal, Ed. Mc. Graw Hill México 1998 P.78.

en participación cuando a través de ella se realicen actividades empresariales en México.”

Lo que es un indicativo claro, que la Asociación en Participación si esta Obligada al pago de Impuestos, lo que hace necesario un medio eficaz para hacer cumplir esta obligación, y que tiene su razón en una lógica, que si se obtiene una utilidad se debe enterar al estado.

3.3.2. Elusión Fiscal.

Para concretar y conceptualizar adecuadamente, se ha acuñado este concepto, de elusión, ya que este depende las forma en la que se evita pagar el impuesto pertinente, por lo que la elusión fiscal es: *“toda y cualquier acción u omisión tendiente a suprimir, reducir o demorar el cumplimiento de una obligación tributaria.”*⁵⁶

Por lo que esta figura necesita una actividad del contribuyente, y no solo la demora, sino que necesita forzosamente de las, maniobras tendientes a obtener una disminución, o supresión del impuesto.

Lo que hay que destacar de la elusión Fiscal es que es una forma legal de de evadir el pago de los impuestos, pues plantea la evasión de los impuesto mediante una forma legal es decir que si llega a evadir al impuesto, cualquiera que sea su representación (retrasarla, disminuirla o suprimirla) mediante un procedimiento legal, por lo que no es tipificada como delito pues la propia legislación permite esas maniobras, pero lo que no permite es variar la contribución de los impuestos, pues representa un detrimento en la hacienda del Estado, por lo que podemos mencionar que una practica frecuente en México, es el incorporar facturas a una contabilidad, facturas de las que no se ha tenido el bien o servicio que refleja dicho documento de manera contable. Lo que sirve, para manifestar que se ha tenido un gran gasto para cumplir con su fin, y por tanto se ha tenido pocas ganancias.

⁵⁶ DELGADILLO GUTIÉRREZ Luís Humberto, La Asociación en Participación y su Régimen Fiscal, decimosegunda edición, Ed. Academia Mexicana de Derecho Fiscal. México 1976. P. 33.

3.2.3. Evasión fiscal.

Por el contrario a la elusión fiscal es un medio ilegal para disminuir, suprimir o demorar el cumplimiento de la obligación tributaria, en este sentido se entiende que la evasión es un medio ilegal, que daña el patrimonio del estado, en consecuencia se ha tipificado como delito.

La evasión lo que pretende es dejar de lado los impuestos y hacer sus funciones cualquiera de las que se trate sin enterar al estado de si ha tenido o no un beneficio, por lo que resulta, que esta evasión es del todo ilegal, pues se trata de actos que están fuera del alcance de la legislación, pues han actuado con el fin de que la obligación no sea creada y aun siendo creada ha dejado de cumplirla por un medio que no es legal.

3.2.4. Principios en materia Fiscal.

Los principios son los que nos permiten hacer una correcta apreciación del monto que se debe pagar a consecuencia de la existencia de un impuesto, así mismo son los que nos indica cuales son las directrices que tanto la ley como las autoridades en el momento del cobro no deben rebasar, para poder tener una seguridad jurídica. También nos permite como personas físicas o morales, conocer cuando estamos en un supuesto jurídico normativo causando un impuesto.

Principio de proporcionalidad, este principio nos indica que se debe tener una medida exacta en base a una porcentaje para la determinación de un impuesto, es decir que el mismo criterio debe ser usado para cuantificar la base del impuesto de todas las personas que se hallen en el supuesto normativo, lo que nos hará llegar a que los sujetos que se encuentren dentro del supuesto normativo, hayan pagado en la misma proporción y por tanto uniformemente.

Principio de equidad, este consiste en determinar el impuesto, es decir que no se tiene que exceder la ley en fijar una tabla de pagos y tampoco las autoridades, en cobrar de manera desmedida, esto es que: el estado bajo una política recaudatoria debe solo determinar como cobrable una mínima parte de las del total de percepciones de sujeto revisado, y no de exceder y aumentar, el monto del impuesto, por el hecho de que sea necesario un monto mayor para que opere el Estado, sino que debe aumentar su padrón recaudatorio.

Principio de generalidad: este es aun mas simple ya que lo que propone es que con independencia de los impuestos que se estén cobrando, estos deben ser generalizados, es decir deben ser cobrados a todos los sujetos que se ubiquen en un supuesto tributario, y no deberá ser restringido a persona determinada ni exceptuar al algún sujeto del pago de impuestos. Aun que nos resulta evidente que la ley es lo que pretende, mediante estos la adopción de este principio, aun que es difícil saber si es cumplido.

No hay tributo si no hay ley: tal como se desprende del artículo 31 fracción cuarta, de la Constitución Federal, para que un impuesto sea cobrado debe estar previamente establecido mediante la publicación en una Ley, es decir que debe ser expedido con anterioridad, además de ello los artículos 14 y 16 de La Constitución Federal establecen que las autoridad debe actuar fundada y motivadamente, para la correcta fundamentación, es necesario la expresión, que conste por escrito, cual es el orden normativo que los faculta (la autoridad jerárquica que les delego las facultades legales para realizar un procedimiento); aunado a que los artículos en cita también hacen referencia a que la ley debe ser expedida con anterioridad al hecho, en síntesis, para que un impuesto sea cobrable mediante la manifestación voluntaria o el procedimiento administrativo de ejecución es necesario que exista el supuesto legal de cobro y que se actúe en términos del artículo 14 y 16 constitucionales

3.3.5. La afectación en la recaudación y sus implicaciones.

Me parece pertinente recalcar que el cobro de impuestos es necesario en virtud de que para el Estado es una de la formas de hacerse llegar

recursos, mismos que los invierte de acuerdo a un procedimiento específico (presupuesto de egresos), en solventar las necesidades mas apremiantes en la sociedad, por otra parte la recaudación es el proceso mediante el cual la autoridad recolecta el monto de los impuesto.

Por lo que un menor índice recaudatorio, implica la disminución en las posibilidades del Estado de sufragar las necesidades de la sociedad, así mismo el decremento en todos y cada uno de los sectores en los que el Estado tenga que ver. Lo que hace necesario aumentar, el padrón de contribuyentes para no aumentar las contribuciones e impuestos.

CAPÍTULO IV.

PROPUESTAS PARA REPLANTEAR EL ESQUEMA JURÍDICO DE LA ASOCIACIÓN EN PARTICIPACIÓN.

La historia nos ha demostrado que las, figuras, las instituciones, el orden jurídico y otras, por el transcurso del tiempo han tenido que sufrir cambios, modificaciones o en su caso adiciones, esto debido al proceso de adaptación de estas a la vida jurídica, para poder seguir en aptitudes de responder a los fines para lo que se le dio origen y se le elevó a rango de legislación.

De lo contrario no tendríamos identidad entre la legislación positiva y la práctica que se lleva a cabo en la sociedad, esto sería tanto como tener leyes muertas, ya que no son usadas, lo que generaría grandes críticas no solo los estudiantes del derecho sino, al Estado nación, ya que es el encargado de vigilar la correcta creación, modificación, reforma y abrogación, de la leyes que operan o que necesiten ser actualizadas, ya que es él, quien mediante el proceso legislativo, debe realizar este acto.

Y desde luego que lo debe hacer basado en las actuaciones y necesidades de la sociedad, por lo que se pretende que el orden normativo y jurídico se encuentre actual a la sociedad, y no solo eso sino que se trate de analizar las tendencias incluso a nivel mundial, para retomar y aplicar en nuestro territorio las propuesta que se acorde a nuestras condiciones, por otro lado el conocimiento de las figuras que se gestan en algún otro Estado, para los casos de conflicto o controversia, no solo entre Estados sino también entre particulares.

El hecho de tener un sistema jurídico de vanguardia, no es solo el que se implementen las figuras que resultan más avanzadas o que contengan un carácter más amplio o que sean mas tendientes a la eficacia plena, sino que estas figuras que se aplican a determinada sociedad, respondan a su necesidad y que no rebasen los criterios que la misma sociedad fija mediante su cultura y manifestación.

4.1. La formalidad Jurídica mediante Fedatario Público.

La necesidad de protocolizar los actos surge cuando se debe dar certeza, y tener un antecedente inequívoco de las condiciones bajo las que se celebró un acto, o las que se pactaron entre los celebrantes, en el caso de España que es en la que tuvo mayor auge la necesidad de un notario que fue denominado escribano (porque escribía), su función era específica consistía en redactar los términos, modalidades y forma en la que se obligaban las partes.

El artículo 76 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal nos define al protocolo como:

“Protocolo es un conjunto de libros formados por folios numerados y sellados en los que el Notario, observado las formalidades de la presente Ley, asienta y autoriza las escrituras y actas que se otorguen ante su fe, con sus respectivos apéndices; así como por los libros de registro de cotejo con sus apéndices...”

Desde luego el registro que lleva acabo con un el notario es documental, y de los actos que se celebran ante él, deben de cumplir su proceso dentro de la notaria es decir que deben ser asentarlos en los libros, que se denominan protocolo, lo que se traduce como la fe que otorga el notario al cubrir determinado acto jurídico.

Es por ello que los ciudadanos, para poder contar con un acto, del que se tenga un antecedente cierto recurren a un Notario, para que pueda tener por cierto que los actos que se celebran ante su fe son plenamente reconocidos, y que, su valor en el momento probatorio sea pleno; así mismo el Estado, para evitar controversias, ha incluido como obligación mediante la legislación, que ciertos actos que revisten una importancia especial, sean protocolizados es decir pasados ante la fe de un Notario, mediante el procedimiento notarial.

La posibilidad de pasar ante la fe de un Notario el Contrato de Asociación en Participación, radica en el hecho que no esta prohibido en la

Legislación que lo regula, el artículo 254 de de la Ley general De Sociedades Mercantiles menciona, que únicamente para su validez debe constar por escrito, esto es en documento privado, por lo que no hay ningún impedimento, para que sea protocolizado, en este sentido hay que atender a las reglas de la Ley del Notariado Para el Distrito Federal, en cuanto a su procedimiento notarial a fin de dotarlo de fe pública; o a la Ley Federal de Correduría Pública, cuando sea pasado ante la fe de un Corredor Público.

Esto implica que si no hay impedimento legal solo hay que solicitar los servicios del Notario a fin de que sea protocolizado, y tenga las consecuencias jurídicas, que produce la protocolización tal como lo marca el artículo 12 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal. Y en su caso la Ley Federal de Correduría Pública.

De igual forma se operará con el Corredor Público, en su carácter de fedatario, ya que este al ser portador de fe pública, debe adoptar el principio Deontológico, ya que en su actuar, tiene que cerciorarse cual es el fondo del asunto al que dará su fe, y de igual forma tiene que hacer sabedores a los celebrantes cuales son las condiciones bajo las que se están obligando, por ello es necesario, analice el asunto desde los diversos puntos que intervengan en la celebración.

El Corredor Público, es un fedatario y los actos que sean pasados ante su fe en ejercicio de su función están revestidos como documentos públicos, lo que implica que su valor dentro de un procedimiento será incrementado a valor pleno respecto de los que no lo pasaron ante las funciones de un fedatario público que será únicamente de documento privado.

Es decir que el contrato de Asociación en Participación, bajo la premisa que no hay impedimento legal para constituirlo como documento público, mediante la dación de fe por un Fedatario, debe ser protocolizado; ya que esto traerá como consecuencias el tener como antecedente cierto la existencia del contrato y su contenido.

4.1.1. Cumplimiento de la función del Fedatario Público. (Certidumbre).

El hecho de la existencia de un fedatario es que los actos que se celebren ante él serán revestidos además de los requisitos de ley por el carácter de documentos públicos, y gozarán de autenticidad, ya que tienen matricidad, que es el registro que hace el fedatario público, para su asiento en los libros.⁵⁷

En este sentido para que podamos concebir a un documento como cierto, es necesario primero que el acto que entraña el propio documento sea perfectamente válido, en este caso de la Asociación en Participación debe cumplir con los requisitos de existencia y elementos de validez, y que estos sean o hayan sido desprendidos sin vicio alguno, es decir que sea la más pura voluntad de los contratantes.

Y como la voluntad debe ser manifestada, esta manifestación debe tener todos los elementos relativos a los límites y alcances de la propia negociación que se le ha ofrecido, es decir que el fedatario que celebre este acto debe de poner en conocimiento de todos los riesgos que enfrenta y los beneficios que puede tener, pero además cual es la forma y el modo en el que se obliga cada una de las partes, a quien lo celebra como parte, y cual son las condiciones en general que se deben de cumplir, poniendo en claro cuales son los medios o medidas que se adoptan para los casos de incumplimiento.

Por su parte el Notario Público, debe respetar los principios jurídicos y deontológicos, prudencia e imparcialidad, autonomía, ética, equidad, certeza jurídica, legitimación, profesionalismo, igualdad, patriotismo, etc... Artículos 14, 26, 27, 27,30, 31, 42, 45, 49 y 66. De la Ley del Notariado Para el Distrito Federal.

⁵⁷ VID. DOMINGUEZ MARTÍNEZ Jorge Alfredo, El Notario “Asesor Jurídico Calificado e imparcial Redactor, Dador de Fe” Ed. Porrúa. México 2002. P. 4.

Ahora bien el Corredor Público como Fedatario debe de respetar los mismos principios, de certeza y seguridad jurídica, profesionalismo e identidad, tal como lo disponen los artículos 3°13,14 y 15 de la Ley Federal de Correduría Pública. Por lo que en cualquiera que sea el caso si se acude a un Notario o a un Corredor Publico, ambos tienen la obligación de actuar con probidad, sobre el asunto que estén tratando, pues su función *autenticadora*, debe de ser claramente probada y aun antes hacer cualquier anotación en sus libros, se debe de cerciorar de la plena existencia de los actos que se celebraron. Y mas aun debe generar la conciencia en la forma y el modo de las obligaciones, para evitar el incumplimiento, mediante la interpretación del documento que se celebra, así como sus alcances y limitaciones, ya que este documento, registrará toda la vida de la operación.

En este sentido la función mas importante del Fedatario Público es dar autenticidad a los documentos que son elaborados ante su fe, pues esto constituye la certidumbre sobre la que por ministerio de ley deben actuar, y el hecho de la explicación y resolución de dudas que tengan las partes, para tratar de poner en claro las condiciones generales y específicas del contrato, que pactaron los celebrantes.

4.2. La Duración de la Asociación en Participación.

Es importante tratar la duración de la Asociación en Participación, ya que hay varias modalidades por las que se puede continuar o terminar con este contrato, es decir, que una vez pactada la creación o celebración de la Asociación en Participación, se optará por la realización de una operación o varias operaciones de comercio determinadas específicamente, o si se pactara por un tiempo definido en el que pueden realizar diversas operaciones de comercio, tantas como la misma temporalidad lo permita.

La duración es la vigencia o el lapso de tiempo en el que el contrato de Asociación en Participación surtirá sus efectos, y que media entre el de su creación y hasta que se cumpla el contrato por alguna de sus formas, pudiendo ser también interrumpido por virtud de una sentencia judicial o procedimiento.

4.2.1. Para una o varias operaciones determinadas.

El contrato de Asociación en participación, necesariamente debe estar encuadrado bajo el supuesto de la duración y esto significa que su duración puede ser de manera temporal o en cuanto a operaciones se refiere, en éste sentido, en la Asociación en Participación puede pactarse que únicamente este contrato tenga vigencia para una operación o para varias determinadas de manera específica. Con lo que tenemos que ésta duración puede tratarse de una operación de comercio determinada, sobre la que pacten cada una de las partes celebrantes, o una serie de operaciones que previamente se han convenido entre los celebrantes, en estos dos casos la Asociación en Participación, concluirá su funcionamiento y su vida jurídica cuando cumpla con alguna de estas dos posibilidades, luego entonces el contrato se extingue y no surte mas efectos legales.

De igual forma cuando se pacte por una sola operación, esta se deberá realizar y no se deberá realizar alguna otra ya que esta última es causa de rescisión del contrato, y además podemos caer en algún supuesto de algún tipo penal, de la misma forma se debe operar cuando se trate de varias operaciones pues en el momento de la terminación de estas operaciones se entiende que el contrato de Asociación en Participación ha dejado de surtir efectos legales y solo hace falta el pago de lo adeudado de las partes celebrantes.

4.2.2. Por tiempo determinado.

Puede también pactarse en la Asociación en Participación que la duración del contrato sea de manera temporal y no en transacciones u operaciones de comercio, pero en éste sentido el lapso de tiempo bajo el que se pacte cada uno de los contratos está supeditado a la necesidad que las operaciones mercantiles se lo permitan, es decir que la programación del asociante es muy importante, pues es la herramienta que nos permitirá decir cual es el tiempo idóneo para la consecución del fin planteado.

Por ello en el momento de la celebración del contrato se debe tener en cuenta como es que se debe plantear este apartado, pues de ello depende que el contrato cumpla su fin o no lo haga, ahora bien este tiempo de vigencia debe ser razonable para que se pueda llevar a cabo las operaciones necesarias para que ambos resulten con una ganancia, que es la finalidad de la celebración de este contrato.

4.3. La proporción en las prestaciones.

Si bien es cierto la autonomía de la voluntad y la capacidad de obligarse en la medida y con las restricciones que les permita su cumplimiento, forman los límites de los contratos en materia mercantil, la Asociación en Participación, no es la excepción pues en ésta también se obligan con los límites que se quiera por parte de los contratantes, esto trae como consecuencia la formación de contratos leoninos o desventajosos para alguna de las partes y muy permisivos para la otra.

Esto nos lleva a pensar en la necesidad de darle proporción en las prestaciones, materia del contrato de Asociación en Participación por lo que la proporción en estas cláusulas materia del contrato, deben ser en relación a las propias condiciones en el contrato.

Estas proporciones en las prestaciones de los contratos como el de Asociación en Participación, nos llevarán a un mejor tratamiento de la Asociación en Participación, y a la certeza jurídica, como fin último de la celebración del contrato. Por ello es que se pretende incluir derechos y obligaciones para ambos celebrantes, a fin de generar un equilibrio contractual mismo que deberán observarse mediante disposición legal.

4.3.1. Inclusión de cláusulas esenciales mediante legislación.

Las cláusulas en materia contractual son disposiciones que acuerdan los celebrantes, para obligar y obligarse, también son disposiciones contractuales de particulares, que rigen la aceptación de la celebración del contrato;

conjuntamente con la forma bajo la que debe funcionar la realización del contrato.

Por ello creemos necesario que se incluya en el apartado de la Asociación en Participación:

a) La aportación o en su caso la contribución debe ser en términos claros y en la forma pactada en el contrato.

b) Toda vez que el asociado ha hecho una aportación, tiene derecho a que se le informe el estado que guarda la operación u operaciones que se convinieron en realizar. En este orden de ideas la información deberá ser facilitada por el asociante, al asociado, por escrito, cuando la duración del contrato sea mayor a un año, deberá informarse trimestralmente, cuando la duración sea menor a un año o por operación u operaciones determinadas, la información deberá ser presentada mensualmente por escrito.

c) Con la celebración de la Asociación en Participación, el beneficio que reportará el asociado luego de la celebración de las operaciones sean a tiempo determinado o por operación únicas o varias determinadas, nunca deberá ser menor al veinte por ciento, de las ganancias obtenidas en la operación comercial. Por lo que la parte proporcional del asociado deberá ser entregada máximo treinta días naturales después de la celebración de las operaciones. Cuando sea el caso de que la duración sea mayor a un año, el reporte de la parte proporcional será en el término mencionado luego de la operación mercantil.

d) Los bienes aportados por el asociado están a disposición del asociante, salvo los inmuebles, que son propiedad del asociado y administrados por el asociante para su manejo en las operaciones comerciales, o en la consecución del fin del contrato de Asociación en Participación, pero no pueden ser enajenados por los asociados, ni comprometidos por tiempo que exceda la vigencia o duración del contrato. Salvo que el asociado otorgue su consentimiento.

e) Los bienes inmuebles aportados por el asociado deberán ser restituidos inmediatamente que la duración del contrato llegue a su fin.

f) Las pérdidas producto de la negociación mercantil, las soportan ambas partes, cada uno en la medida de su aportación o contribución.

g) Si de la operación mercantil se deducen pérdidas, que no sean superiores a las aportaciones, el asociante está obligado a restituir al asociado su aportación menos la proporción de la pérdida.

h) El asociado no puede retirarse en cualquier momento de la Asociación en Participación, sino que tiene que dar aviso al asociante, por lo menos treinta días naturales antes de la su separación, por lo que el asociante está obligado a restituir el cincuenta por ciento de su aportación en un término de sesenta días naturales.

i) De la misma forma el asociante no puede abandonar la operación comercial y de hacerlo se obliga a restituir íntegramente el total de las aportaciones, más el veinte por ciento del total de las aportaciones convenidas en el contrato de Asociación en Participación.

4.4. Sustitución de conceptos fundamentales de la Asociación en Participación.

Con la propuesta de modificar una figura jurídica se deben ampliar los conceptos que la integran, o en su caso sustituir sus conceptos que le son aplicables, por ello y para un mejor funcionamiento de la Asociación en Participación, se deben sustituir conceptos para hacer a esta acorde a la realidad actual.

4.4.1. La aportación.

La aportación es el grueso de bienes o servicios con el que cada participante acuerda aportará a la Asociación, limitado o determinado los acuerdos contractuales.⁵⁸

La aportación es una de las consecuencias de ser partes en la Asociación en Participación, por tanto implica la forma en la que los celebrantes, reúnen sus esfuerzos o características para formar un ente que les permita llegar a su fin contractual.

En si la aportación, es la manera del como se obliga cada una de las partes, los elementos con los que se obligan mutuamente y mismos elementos que son indispensables para la consecución del fin planteado, los riesgos que implica la aportación es que en el momento de poner en práctica a la Asociación en Participación y tratar de llevar a cabo las negociaciones inherentes a ella, puede ocurrir que sea necesario mayor aportación, para el desarrollo de las operaciones y no poder tenerlo pues la aportación está limitando la forma de contribuir.

4.4.2. La contribución y su amplitud.

La contribución es la aportación pero sin limitaciones, ya que la contribución, no está limitada es la forma en la que apoya la negociación, hasta donde sea posible o hasta donde la voluntad de los participantes lo desee.

La contribución es por tanto de mayor amplitud, pues ésta contribución puede consistir también, en especie, en dinero, en servicios o en bienes, al igual que aportación, pero sin limitaciones. Esto es que si se presentara el caso y la voluntad de las partes así los designaran, podríamos pensar en que se incrementará la contribución que se fijo en el contrato.⁵⁹

⁵⁸ VID. DÍAZ BRAVO Arturo, *Contratos Mercantiles*. Ed. Harla México 1994. P. 315

⁵⁹ VID. DE LA MADRID ANDRADE Mario, *Op. Cit.* PP. 25 – 28.

Por lo que en obviada de circunstancias, la amplitud de estas dos figuras es la que permite una mejor opción para el cumplimiento del objeto materia del contrato. Al plantear una opción para mejorar la forma en la que la partes participan despojándose de una parte de su patrimonio o conocimiento. Para mejorar las condiciones sobre las que se realiza la negociación mercantil, y desde luego mejorando las utilidades planteadas por la celebración del contrato de Asociación en Participación.

4.5. La obligatoriedad de registrar al contrato de Asociación en Participación.

El artículo Primero del Reglamento del Registro Público de Comercio nos dice que:

“El Registro Público de Comercio es la Institución mediante la cual el estado proporciona el servicio de dar publicidad a los hechos y actos jurídicos que, realizados por empresas mercantiles o en relación con ellas precisen de este requisito para surtir efectos contra terceros.”

El Registro Público de Comercio es una institución que depende del Estado, y es la encargada de dar publicidad a los actos que se registren en sus libros, así mismo por disposición legal luego de la inscripción del acto o hecho jurídico comienzan a surtir los efectos frente a terceros. De tal suerte que es indispensable la inscripción para poder pensar en la plenitud de la existencia del acto jurídico celebrado.

“Para que los bienes inmuebles tengan al valor que razonablemente les corresponde y puedan ser aceptados en garantía de crédito con intereses proporcionados, o lo que es lo mismo, para el desarrollo de un sano crédito

*territorial, es necesario que los mismos tengan un régimen jurídico de publicidad de seguridad y de respeto a la apariencia jurídica.*⁶⁰

La publicidad de los actos jurídicos consiste en hacer sabedor a la sociedad de la existencia de cierto acto o hecho de manera legal, es decir que ante la inscripción de necesariamente hay un antecedente que puede ser consultado por cualquier persona y es ahí donde radica la publicidad.

Para que un acto jurídico, sea plenamente válido, no solo debe ser pasado ante la fe de un Notario, sino que es necesario inscribirlo en el Registro Público del Comercio, a fin de darle la publicidad necesaria, y los efectos frente a terceros, mismos que se pueden traducir en solo respeto, o en información para dar cumplimiento estricto a el marco jurídico.

El contrato de Asociación en Participación, debe ser inscrito en el Registro Público de Comercio, siempre y cuando previamente reúnan los requisitos que el propio Reglamento indica, por lo que una vez protocolizado el contrato en mención, puede ser inscrito ya que el artículo 29 del Reglamento del Registro Público de Comercio, mismo que nos indica cuales son los documentos susceptibles de inscripción, así mismo nos indica que debe quedar inscritos en el libro segundo o segunda parte del folio mercantil artículo 32 de Reglamento del Registro Público de Comercio.

4.6. Dotar a la Asociación en Participación de aparejada ejecución para los casos de incumplimiento.

Resulta importante que para los casos de incumplimiento contractual exista un medio apropiado y breve que nos permita solucionar la conflictiva jurídica social y en consecuencia permita la liberación de los sujetos que celebraron dicho contrato, para poder y continuar con el tráfico mercantil.

⁶⁰ SÁNCHEZ MEDAL Ramón, De Los Contratos Civiles. Décimo Cuarta Edición, Ed. Porrúa México 1995, P. 545.

Toda vez que el procedimiento ejecutivo nos da la ventaja temporal lo que significa que es un procedimiento mas rápido y ágil que nos permite alcanzar los objetivos y propuestas que planteamos, en este sentido, es posible hacer un procedimiento ejecutivo, ya que el artículo 1391 del Código de Comercio nos menciona cuales son los documento que pueden ser tramitados en la vía ejecutiva y cuales serán los documentos que sirvan de base para la acción, además dándonos la posibilidad en su fracción VIII, de los demás que por disposición de ley traigan aparejada ejecución.

4.6.1. Implicaciones sobre la aparejada ejecución.

La aparejada ejecución implica que la tramitación de un procedimiento de esta forma será en la vía ejecutiva, esto nos quiere decir que primero a este tipo de procedimientos, se le debe dar celeridad, y que el fin u objeto es el pago liso y llano del crédito, y en consecuencia la declaración condenatoria del deudor y en su caso el remate de los bienes para aplicarlos al pago de la deuda incumplida.

En este sentido para que el título pueda ser ejecutivo debe cumplir con los siguientes requisitos:

- a) debe ser cierto, es decir que por disposición de ley se le haya otorgado la aparejada ejecución y para ser tramitado en la vía ejecutiva mercantil.
- b) Debe ser líquida, lo cual quiere decir que la deuda debe ser cuantificada o cuantificable, para tenerse como la suerte principal.
- c) Debe ser exigible, lo que indica debe haber una previa obligación misma que se haya incumplido, es decir que el término para el pago del crédito haya sido vencido.⁶¹

De acuerdo con la legislación aplicable (Ley General de Sociedades Mercantiles) el contrato de Asociación en Participación es un contrato mercantil, ya que pretende el acuerdo de voluntades para generar

⁶¹ VID. GARCÍA RODRÍGUEZ Salvador, Derecho Mercantil, “los Títulos de Crédito y el Procedimiento Mercantil”, Sexta Edición, Editorial Porrúa México 2001.

negociaciones mercantiles, y es posible hacerlo otorgarle la aparejada ejecución, ya que reúne las características de estos documentos.

CONCLUSIONES

PRIMERA: Sin lugar a dudas el simple transcurso del tiempo hace necesario que los conceptos se modifiquen para actualizarlos al contexto actual, que las instituciones y figuras jurídicas sean reformadas para darles una adecuación acorde a la actualidad o realidad que refleja la propia sociedad, en este orden de ideas, la reestructuración de la Asociación en Participación tiene que ser de tal forma que cumpla el fin jurídico para el que fue creado, y además que no se aleje de la realidad actual. Cuidando el marco jurídico mediante el respeto de las instituciones y justificando la existencia del Estado.

SEGUNDA: La Asociación en Participación, es una semiasociación, toda vez su creación implica el consentimiento de personas sea físicas o morales y la reunión de patrimonios para la realización de una o varias operaciones de comercio, pero no da lugar al nacimiento de una nueva persona, en virtud de ello no se establecen los atributos de la personalidad; el acto jurídico generador o creador la Asociación en Participación es un contrato privado, que no esta sujeto a registro, en el que la voluntad de los celebrantes regirá y normará el procedimiento en su funcionamiento, lo que implica la desventaja necesaria para alguna de las partes y la ventaja desmedida para la otra, es decir la celebración de contratos leoninos.

TERCERA: La Asociación en Participación, entraña una Asociación oculta, ya que en el desarrollo del propio contrato, el asociante es quien a su nombre realiza las operaciones, sin que para ello sea necesaria la intervención o aprobación del asociado; frente a terceros, el asociado no existe, ya que en todo lo relativo a las negociaciones mercantiles el que propone, decide y ejecuta es el asociante, mientras que el asociado está limitado al pago de su aportación.

CUARTA: La certeza jurídica que ofrece la Asociación en Participación se encuentra limitada, ya que por la falta de elementos suficientes para la adecuada regulación de este contrato asociación, no es posible la correcta y estricta relación jurídica, en este sentido no hay los suficientes elementos

legales, tendientes a prevenir los conflictos sociales que pudieran surgir producto de la celebración de éste contrato, ni para resolverlos, por ello es necesario darle un tratamiento adecuado a la naturaleza jurídica de la Asociación en Participación.

QUINTA: Para darle el tratamiento adecuado a la Asociación en Participación es necesario reformar y adicionar los supuestos jurídicos que reglamentan éste contrato, ya que con ellas podemos lograr un equilibrio de prestaciones adecuadas a esta semiasociación, con lo que también podemos dar un paso a la certeza, la eficacia, la cultura jurídica de la prevención de conflictos y por tanto a refrendar la existencia del Estado Nación.

SEXTA: La protocolización del contrato de Asociación en Participación es vital, ya que la celebración del contrato, con todos los elementos que implica es el hecho generador de la asociación, es aquí donde se requiere la anuencia de un Fedatario Público, ya que este tiene por obligación actuar con imparcialidad, ser un asesor, en virtud de ello debe explicar los límites y alcances de la celebración de este contrato, lo que implica que una vez realizada esta función, puede decirse que la voluntad es manifestada libre de vicios, de igual forma el Fedatario Público, le da autenticidad al acto celebrado y fija un antecedente inequívoco del propio contrato.

SÉPTIMA: El contrato de Asociación en Participación deber ser inscrito en el Registro Público del Comercio, ya para la obtención de certeza jurídica no se requiere de pactos ocultos, sino de publicidad y claridad de en el actuar de las personas, por tanto para tener un sistema legal sano debemos ser públicos, pues la delincuencia se refugia en la oscuridad, ilicitud y falta de reglamentación adecuada, por ello es necesario que se registre el contrato; la consecuencia de dicho registro es la publicidad que da lugar a que comiencen a surtir efectos legales frente a terceros.

OCTAVA: En la práctica de los contratos, de las sociedades, asociaciones y de cualquier figura jurídica en general, hay dos opciones, desde el punto de vista de su eficacia, la primera es que llegue a buen término, bajo los supuestos que

se plantearon en el acto que les dio origen; y la segunda es lo opuesto es decir el incumplimiento contractual, para este caso es para el que nació el Derecho y en este sentido hay que implementar un sistema legal que les permita no solo la terminación del contrato, sino la solución de la conflictiva, y en su caso la restitución de los bienes aportados. Es por ello que hay que dotar a la Asociación en Participación de aparejada ejecución, para ofrecer a la sociedad un medio ágil para resolver los conflictos que surjan del incumplimiento de este contrato; así mismo para dar la mayor celeridad al procedimiento mercantil. Que es uno de los factores importantes para el caso de nuestro País, debido a las condiciones económicas actuales.

NOVENA: Este contrato fue creado para una necesidad específica, la posibilidad de comerciar de manera simple para que mas personas puedan optar por ejercer el comercio, es por ello que se le otorgó tanta libertad en materia de obligaciones recíprocas, por lo que no se exigió mas formalidad que la constara por escrito, sin que estuviera sujeto a registro, además sin otorgarle personalidad jurídica, pero esta libertad y falta de elementos de eficacia traen como consecuencia, la falta de regulación adecuada para ser un medio de prevención y por el contrario es un medio de generación de conflictos.

BIBLIOGRAFÍA

- ARCE GARGOLLO, Javier, Contratos Mercantiles Atípicos, Décimo Primera Edición, Ed. Porrúa, México 2005.
- BARRERA GRAF, Jorge, Instituciones de Derecho Mercantil, Cuarta Edición Ed. Porrúa México 2000.
- BARRERA GRAF, Jorge, Derecho Mercantil, Ed. UNAM MÉXICO 1983,
- BROSETA PONT, Manuel, Manual de Derecho Mercantil, Ed. Tecnos Madrid 1978.
- CARBALLO YAÑEZ, Erick (etal), Formulario Teórico Práctico de Contratos Mercantiles Tercera Edición Ed. Porrúa México 2005.
- CARRASCO IRIARTE, Hugo, Derecho Fiscal I, Tercera edición, Ed. Iure, México 2004.
- CASTRILLON Y LUNA, Víctor M., Contratos Mercantiles, Ed. Porrúa México 2002.
- CERVANTES AHUMADA, Raúl, Derecho Mercantil Primer Curso Tercera Edición, Ed. Porrúa, México 2004.
- DE LA MADRID ANDRADE, Mario, El Joint Venture “Los Negocios Jurídicos Relacionados”, Ed. Porrúa, México 2005
- DELGADILLO GUTIÉRREZ, Luís Humberto, La Asociación en Participación y su Régimen Fiscal, Décimo segunda Edición, Ed. Academia Mexicana de Derecho Fiscal. México 1976.
- DÍAZ BRAVO, Arturo, Contratos Mercantiles. Ed. Harla México 1994.
- DÍAZ BRAVO, Arturo, Derecho Mercantil Ed. Iure, México 2002.
- DOMINGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, El Notario “Asesor Jurídico Calificado e Imparcial Redactor, Dador de Fe” Ed. Porrúa. México 2002.
- DOMINGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, Derecho Civil, “Parte General, Personas, Cosas, Negocio Jurídico, e invalidez.” Cuarta Edición Ed. Porrúa, México 1994.
- DOMINGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, Teoría de los Contratos “contratos en particular” Ed. Porrúa México 2000.
- FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Refugio de Jesús, Derecho Fiscal, Ed. Mc. Graw Hill, México 1998.

FONTANARROSA O, Rodolfo, Derecho Comercial Argentino. Cuarta Edición Ed. Víctor P. de Zavalía, Buenos Aires Argentina 1972.

GARCÍA RENDÓN, Manuel, Sociedades Mercantiles, ed. Harla México 1992.

GARCÍA RODRÍGUEZ, Salvador, Derecho Mercantil, "los Títulos de Crédito y el Procedimiento Mercantil," Sexta Edición, Editorial Porrúa México 2001.

GARRIGUES, Joaquín, Curso de Derecho Mercantil, Novena Edición, ed. Porrúa México 1998.

GAUDAMET, Eugene, Teoría General de las Obligaciones. Tercera Edición Ed. Porrúa México 2000.

GORDILLO MONTESINO, Roberto Héctor, Derecho Privado Romano Ed. Porrúa, México 2004.

GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto, Derecho de las Obligaciones. Décimo Segunda Edición, Ed. Porrúa, México 1997

LE PERA, Sergio, Joint Venture y Sociedad Cuarta Edición Ed. Astrea, Buenos Aires Argentina 2001,

LOZANO MARTÍNEZ, Roberto, Derecho Mercantil, Ed. Mc Graw Hill México 1995.

MANTILLA MOLINA, Roberto L., Derecho Mercantil, Quinceava Edición, Editorial Porrúa, México 1985.

MANTILLA MOLINA, Roberto L., Derecho Mercantil Introducción y Conceptos Fundamentales, Sexta Edición, Ed. Porrúa, México 1963.

Manual para la Elaboración de Trabajos de Investigación Documental, Ed. Editores Unidos Mexicanos, México 1978.

ROJINA VILLEGAS, Rafael, Compendio de Derecho Civil, Contratos Ed. Porrúa, México 2003.

ROJINA VILLEGAS, Rafael, Derecho Civil Mexicano, Séptima Edición Ed. Porrúa, México 1996.

SÁNCHEZ MEDAL Ramón, De los Contratos Civiles. Décimo Cuarta Edición, Ed. Porrúa México 1995.

VÁZQUEZ DEL MERCADO, Oscar, Contratos Mercantiles. Undécima Edición Ed. Porrúa México 1998.

ZALDIVAR Enrique, Cuadernos de Derecho Societario, "Aspectos Generales"
Tomo I Ed. Macchi, Argentina 1973.

LEGISLACIÓN

Constitución Política De Los Estados Unidos Mexicanos

Código De Comercio

Ley General De Sociedades Mercantiles

Ley General De Sociedades Cooperativas

Ley Federal De Corredura Pública

Código Fiscal

Ley De Impuesto Sobre La Renta.

Código Civil Para El Distrito Federal

Ley Del Notariado Para El Distrito Federal

Reglamento Del Registro Público De Comercio

OTRAS FUENTES CONSULTADAS

DICCIONARIO JURÍDICO ESPASA, Madrid 1198, ed. Espasa Calpe