

00721
7809



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO**

FACULTAD DE DERECHO

**ALIANZAS ESTRATEGICAS.
INTERNACIONALES**

T E S I S

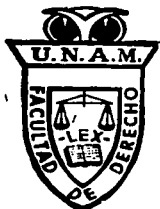
PARA OPTAR POR EL TITULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA :

JORGE ALFONSO ROJO BECERRA

ASESOR: MTRO. FRANCISCO LOPEZ GONZALEZ



Dirección General de Bibliotecas de la
difundir en formato electrónico e impreso el
do de mi trabajo recepcional.
RE: *Roj Becerra Jorge Alfonso*

MA: *6 Mayo 2003*
MA: *[Firma]*
2003

CIUDAD UNIVERSITARIA



Universidad Nacional
Autónoma de México

Biblioteca Central

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM



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.

PAGINACIÓN DISCONTINUA



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

**FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE ESTUDIOS SOBRE
EL COMERCIO EXTERIOR**

OFICIO APROBATORIO No. L 12/2003.

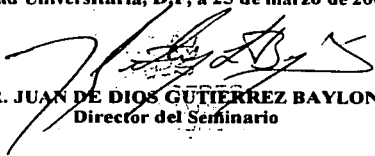
**ING. LEOPOLDO SILVA GUTIÉRREZ
DIRECTOR GENERAL DE ADMINISTRACIÓN
ESCOLAR DE LA UNAM
P R E S E N T E**

Me permito informarle que la tesis para optar por el grado de licenciatura, elaborada por el pasante en Derecho, **JORGE ALFONSO ROJO BECERRA** con el número de cuenta **8709354-8** en este Seminario, bajo la dirección del **MTRO. FRANCISCO LÓPEZ GONZÁLEZ** denominada **"ALIANZAS ESTRATÉGICAS INTERNACIONALES"** satisface los requisitos reglamentarios respectivos, por lo que con fundamento en la fracción VIII del artículo 10 del Reglamento para el funcionamiento de los Seminarios de esta Facultad de Derecho, otorgo la aprobación correspondiente y autorizo su presentación al jurado recepcional en los términos del Reglamento de Exámenes Profesionales y de Grado de esta Universidad.

El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional.

Sin otro particular, reciba un cordial saludo.

ATENTAMENTE
"POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU"
Ciudad Universitaria, D.F., a 25 de marzo de 2003.


DR. JUAN DE DIOS GUTIÉRREZ BAYLON
Director del Seminario

C

A Dios,

A mi abuelo Alejo,

A Alfonso y Guadalupe, mis papás, con todo mi corazón.

A Aby,

A Gustavo y Alejo, mis hermanos,

A mis maestros y

A todos mis amigos

*Especialmente a Víctor Mtz., Jorge Z., Paco López, Lalo Massa, Paco Aguilar,
Alex Gil, Nico Ortega, Erika F. y Marcial Muñoz.*

*Un agradecimiento especial al
licenciado Víctor Manuel Martínez Valadez, al
Maestro Francisco López González y
al Doctor Juan de Dios Gutiérrez Baylón
por su colaboración en la elaboración de este trabajo.*

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	IV
CAPITULO 1	
EL CONTRATO DE ALIANZA ESTRATÉGICA O JOINT VENTURE	1
1.1 Antecedentes y consideraciones preliminares	1
1.2 Concepto	6
1.3 Clasificación.....	11
1.4 Elementos	17
1.4.1 Elementos personales.....	17
1.4.2 Elementos reales.....	20
1.4.2.1 Objeto.....	21
1.4.2.2 Aportaciones.....	21
1.4.2.3 Plazo.....	22
1.4.3 Elementos formales.....	23
1.5 Figuras afines.....	21
1.5.1 Asociación en participación.....	24
1.5.2 Fideicomiso.....	28
CAPITULO 2	
ASPECTOS GENERALES DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA.....	32
2.1 Antecedentes Históricos.....	32
2.2 Concepto.....	39
2.3 Tipos de Inversión Extranjera.....	41
2.3.1 Inversión Extranjera Directa.....	41
2.3.2 Inversión Extranjera Indirecta.....	42
2.4 Relevancia del fenómeno de la inversión extranjera, dentro del sistema económico mundial vigente.....	44
CAPITULO 3	
RÉGIMEN JURÍDICO DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA	
Y DE LA ALIANZA ESTRATÉGICA O JOINT VENTURE	48
3.1 Fundamentos de la legislación mexicana en materia de inversión extranjera	48
3.1.1 Constitución.....	49
3.1.2 Ley de Inversión Extranjera	57
3.1.3. Reglamento de la Inversión Extranjera y del Registro Nacional de Inversión Extranjera	58
3.1.4. Tratado de Libre Comercio de América del Norte.....	60

3.1.4.1	
Definiciones.....	61
3.1.4.2 Principios.....	63
3.1.4.2.1 Nación más Favorecida.....	63
3.1.4.2.2 Trato Nacional.....	65
3.1.4.2.3 Trato Mínimo.....	65
3.1.4.3 Transferencia de fondos	66
3.1.4.4 Expropiación y compensación	66
3.1.5. Convención de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos.....	68

3.2 Fundamentos de la legislación mexicana en materia alianzas estratégicas o joint venture.....	71
---	----

3.2.1 En materia de Sociedades.....	73
3.2.2 En materia de Propiedad Industrial.....	76
3.2.3 Competencia Económica.....	80

CAPITULO 4

VEHÍCULOS MÁS COMUNES DE LAS ALIANZAS ESTRATÉGICAS EN EL DERECHO MEXICANO.....

4.1 Alianzas estratégicas e inversión extranjera	87
4.2 El contrato de coinversión.....	89
4.3 La Sociedad Anónima como vehículo de una alianza estratégica	90
4.3.1 Constitución	91
4.3.1.1 Sujetos	91
4.3.1.2 Objeto	93
4.3.2 Aspectos relativos al capital	93
4.3.2.1 La participación mayoritaria	94
4.3.2.2 La participación igualitaria	95
4.3.2.3 Derecho de minorías	96
4.3.2.4 Derecho de veto	97
4.3.3 Ley aplicable a la sociedad producto de una alianza estratégica ...	100
4.3.4 Convenios accesorios al contrato previo o maestro	100
4.3.4.1 Convenios financieros	101
4.3.2.2 Convenios de suministro	102
4.3.2.3 Convenios de transferencia de tecnología	103

4.4 La sociedad de responsabilidad limitada como vehículo de una alianza estratégica	104
4.4.1 Agrupación de empresas como socios	105
4.4.2 Agrupación separada de la sociedad	105
4.4.3 Prestaciones accesorias.....	107
4.4.5 Fines de la sociedad de responsabilidad limitada, en relación con las empresas que la integran	108
CONCLUSIONES.....	111
BIBLIOGRAFÍA.....	115

INTRODUCCIÓN

La economía como toda actividad humana, ha tenido cambios frecuentes que van de lo simple a lo complejo y de lo cuantitativo a lo cualitativo, para volver a lo simple y a lo cuantitativo en cada caso, negando la negación anterior.

La producción de bienes y servicios, ha entrado en una fase de globalización, desde hace algunas décadas, que lleva a países como el nuestro, a buscar el desarrollo a través de la integración a las tendencias económicas y financieras mundiales. Podemos inferir fácilmente, que este fenómeno económico se impulsa a través de inversiones, que con frecuencia hacen los nacionales de un país en otro, que ofrezca condiciones propicias y convenientes para facilitar al comercio.

Dentro de estas condiciones, no solamente resultan importantes los recursos humanos y naturales, sino también el marco legal del país receptor de la inversión, el cual para ser competitivo, debe permitir la implementación de figuras jurídicas internacionales que agilicen la producción de bienes y servicios, así como el tráfico de mercancías.

El presente trabajo estudia la naturaleza de una de estas figuras, conocida como el contrato de alianza estratégica o *joint venture*, enfocándolo como instrumento

de inversión extranjera. Cabe hacer la aclaración de que alianza estratégica y joint venture se utilizan como sinónimos para los efectos del presente trabajo.

En el primer capítulo, hacemos una reseña histórica sobre la importancia que han tenido los acuerdos comerciales que antecedieron a la alianza estratégica o joint venture, en el desarrollo de la humanidad, la forma en que han sido utilizado por diversas civilizaciones para relacionarse, el origen del término y las figuras jurídicas inmediatas que le antecedieron.

También analizamos los conceptos propuestos por la doctrina internacional, señalando algunos límites que pudiera tener al implementarse en nuestro país, clasificándolo tanto en los términos establecidos por nuestra legislación, como en los establecidos en la doctrina, nacional e internacional, con el fin de conocer sus características y tener un panorama de sus peculiaridades.

El estudio dogmático es un proceso obligado en la presente tesis, de tal suerte que se estudian los elementos personales, formales y reales propios de la alianza estratégica o joint venture, enfatizando las diferencias que le son propias.

Por supuesto, se hace un estudio comparativo con la figuras jurídicas afines al contrato de alianza estratégica, en el derecho mexicano puntualizando las semejanzas y diferencias con cada una. Al respecto y a diferencia de doctrinarios nacionales, se limitan las figuras que se consideran afines a la alianza estratégica por considerar que la naturaleza del mismo es la de crear efectos definitivos en la

realidad jurídica, y no la de establecer acuerdos comerciales futuros, cuya existencia es condicionada y no es obligatoria.

En el segundo capítulo entramos al estudio teórico del Inversión Extranjera, empezando los antecedentes históricos nacionales, los cuales nos permitirán comprender de qué modo se ha percibido y como ha incidido favorable y desfavorablemente ayudado en el desarrollo económico de nuestro país.

También se entrará al estudio de su definición, a través del punto de vista de distintos doctrinarios, pasando después a exponer la clasificación de la Inversión Extranjera como directa e indirecta, concluyendo el capítulo con una referencia sobre la importancia que tiene la inversión extranjera en al ámbito internacional.

El tercer capítulo, señala los aspectos legales aplicables tanto a la Inversión extranjera como a la alianza estratégica. Dentro del primer rubro analizaremos el marco Constitucional, especialmente dentro de la definido en el artículo 27 y la cláusula Calvo, así como las facultades del Congreso de la Unión y el Ejecutivo Federal en esta materia. También se realizará un breve estudio de la Ley de inversión extranjera, el Reglamento de la Ley de Inversión Extranjera, el Tratado de Libre comercio de América del Norte y la Convención de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico.

Por lo que toca a la alianza estratégica, se exponen los límites que la legislación mexicana le impone a su implementación, dentro de las principales leyes entre las

que se encuentran la Ley General de Sociedades Mercantiles, la Ley de Inversión Extranjera, la Ley Federal de Competencia Económica, Código Fiscal, Ley del Impuesto Sobre la Renta y la Ley de Propiedad Industrial.

La alianza estratégica, suele tener especial importancia para captar inversión extranjera si consideramos que es un medio por el cual, países desarrollados crean empresas en países en vías de desarrollo, con motivo de la expansión de los grandes consorcios y las limitaciones legales existentes en los países receptores de la inversión.

En virtud de lo anterior, en el cuarto capítulo, se analizan los vehículos más comunes que han adoptado las alianzas estratégicas en nuestro país. Haciendo especial estudio entre las ventajas y diferencias que existen al plasmar el contrato en estudio en una sociedad anónima y en una sociedad de responsabilidad limitada, puntualizando que la relación que existe entre estas sociedades y la alianza en sí.

CAPÍTULO 1

EL CONTRATO DE ALIANZA ESTRATÉGICA

1.1 ANTECEDENTES Y CONSIDERACIONES PELIMINARES

Se sabe que desde la antigüedad, existieron este tipo de acuerdos comerciales que facilitaron el tráfico de bienes y servicios, según evidencia encontrada en Babilonia, Egipto, Fenicia y Siria. En Roma fueron conocidos como *societas unis rei* o *societas alicuius negotiationis*.¹

Tras la caída del Imperio Romano de Occidente, el comercio se vio seriamente afectado en Europa y no fue sino hasta la Edad Media y como consecuencia de "Las Cruzadas", que las rutas comerciales se abrieron nuevamente, no solamente hacia el interior del mismo Continente, sino también al Medio Oriente. Surgieron entonces diversos grupos que intensificaron y crearon nuevas practicas comerciales, con el propósito de expandir su influencia. Estos grupos que en principio fueron los gremios, las ordenanzas, las ferias, las hermandades y las universidades de comerciantes, fueron haciéndose cada vez más complejos².

¹ Ver LEDESMA URIBE, Idelfonso "El contrato de Joint Venture" Juris Tantum México 1999, número XIV pág. 103.

² MANTILLA MOLINA, Roberto L. Derecho Mercantil Editorial Porrúa, 29ª Edición, México 1996, Pág. 342.

Con el descubrimiento y colonización de nuevas tierras, estos grupos o empresas crecieron considerablemente, por lo que se fue necesario regular jurídicamente su existencia. De este modo surgen en Holanda, las Sociedades Anónimas y en Inglaterra las *partnership* y las *corporations*.

Según el *Black's Law Diccionario*, *partnership*, es "Una asociación voluntaria entre dos o más personas, quienes por cuenta propia comparten responsabilidades en un negocio con el fin de obtener algún beneficio económico."³

La misma fuente, señala que *corporation*, es "Una entidad, generalmente dedicada al comercio, que legalmente tiene la característica de poder actuar por cuenta propia e independiente de las personas a quienes pertenece, teniendo el derecho de emitir sus propias acciones y existir indefinidamente; también puede considerársele un grupo de personas morales creadas conforme a la ley que tienen una personalidad jurídica distinta de las personas físicas que las crearon, que cuentan con una existencia indefinida e independiente de ellas y tiene como límites el objeto, facultades y obligaciones señalados en su acta constitutiva."⁴

³ "A voluntary association of two or more persons who jointly own and carry on a business for profit."

GARNER, Bryan (Editor) *Black's Law Dictionary*.

7ª edición, Estados Unidos de América, West Group, 1999, Pág.1142.

⁴ "An entity (usually a business) having authority under the law to act as a single persons distinct from the shareholders who own it an having rights to issue stock and exist indefinitely; a group or succession of persons established in accordance with legal rules into a legal or juristic person that has a legal personality distinct from de natural persons who make it up, exists indefinitely apart from them and has the legal powers that its constitution gives it."

GARNER, Bryan (Editor), Op. Cit. Pág.341.

La *corporation* inventada en Inglaterra, equivale a la *sociedad anónima* inventada en Holanda, figura acogida en la legislación mexicana, que se define en el artículo 87 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, como "la que existe bajo una denominación y se compone exclusivamente de socios cuya obligación se limita al pago de sus acciones", y también limita su acción al ejercicio de su objeto social.⁵

Tanto las *corporations*, como las sociedades anónimas y las personas físicas, podían formar parte del contrato llamado *partnership*, el cual fue el más usado para hacer negocios durante la expansión del Imperio Británico. Hacia mediados del siglo pasado, se empezó a cuestionar la participación de las *corporations* en las *partnerships*, toda vez que dicha participación podría involucrarlas, en la realización de actos distintos a su objeto, ocasionando como consecuencia, la nulidad del acto. Por tal motivo, se prohibió la participación de una *corporation* en una *partnership*.

Por el contrario, actualmente algunos Corredores y Notarios de nuestro país, consideran legalmente posible, la participación de sociedades mercantiles (o *corporations*), en diversos actos ajenos a su objeto social, como lo sería por ejemplo, la creación de asociaciones civiles, destinada a actos de beneficencia pública o simplemente no lucrativas. En mi opinión, no debe permitirse que las sociedades mercantiles se involucren en actos ajenos al comercio, porque el objeto social de las mismas, delimita su campo de acción y por ende las facultades

⁵ Ver artículo 6 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

de sus administradores, a la ejecución de actos preponderantemente económico y de especulación comercial⁶. Como consecuencia, podemos afirmar que los administradores de sociedades mercantiles, carecen de facultades para ejecutar en nombre de quien representan, actos diversos al objeto social de la empresa necesariamente comerciales y limitados, so pena de ser declarados nulos de pleno derecho.

Resulta ilustrativo para nuestros fines, el siguiente criterio jurisprudencial:

Sexta Época

Instancia: Tercera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: Cuarta Parte, CXXI

Página: 69

SOCIEDADES MERCANTILES, ADMINISTRADORES DE LAS. SUS FACULTADES SE ENCUENTRAN RESTRINGIDAS A LAS FINALIDADES DE LA SOCIEDAD RESPECTIVA. Sólo en las sociedades irregulares, que carezcan de un objeto social y de una escritura constitutiva, podrá estimarse que son válidos los actos realizados por sus administradores y que producen efectos frente a terceros, en relación con la sociedad de que se trate, sin perjuicio de las responsabilidades personales en que incurran aquéllos. En cambio, en las sociedades debidamente constituidas y con clara precisión de su objeto, dichos administradores, con fundamento en lo estatuido por el artículo 10, en relación con la fracción II del 6o. de la Ley de Sociedades Mercantiles, sólo podrán realizar operaciones inherentes al objeto de la sociedad, salvo lo que expresamente establezcan la ley y el contrato social, pues sus facultades se entienden restringidas o limitadas a la finalidad social respectiva, sin que se permita la ampliación de aquellas al ejecutarse actos por los cuales no se tiene autorización en la escritura constitutiva que corresponda.

Amparo directo 6145/65. Firestone el Centenario, S. A. julio 3 de 1967. 5 votos. Ponente: Rafael Rojina Villegas.

⁶ Cfr. Artículo 2668 del Código Civil Federal.

No obstante lo anterior, al considerar que prohibir la participación de las *corporations* en contratos de *partnership* entorpecía el comercio, los Tribunales empezaron a utilizar la expresión "*joint venture* para referirse a aquellas *partnerships* en las que participaba una *corporation* y evitando así, la dicha prohibición.

La expresión *joint venture*, fue tomada de *joint adventure*, originada en las organizaciones de *gentlemen adventurers* (caballeros aventureros), que organizaron *corporations*, por la colonización de los nuevos territorios del Imperio Británico.

Podríamos afirmar entonces que para el derecho sajón, el *partnership* y el *joint venture* son exactamente la misma figura, pero no es así. Una resolución de los tribunales de Nueva York, dictada en 1894, determinó que una "*joint venture* es una *partnership* limitada, no en cuanto a la responsabilidad de los socios, sino limitada en cuanto a su alcance y duración"⁷. En la legislación mexicana no existe diferencia alguna entre una y otra figura, motivo por el cual se le aplican la mismas reglas.

La práctica comercial de la que derivó el contrato de *partnership* y *joint venture*, conformó alianzas comerciales estratégicas, definidas por el *Black's Law*

⁷ LE PERA, Sergio. Op Cit. Pág. 64.

Dictionary, como "Una coalición formada por dos o mas personas, trabajando en el mismo giro comercial o en giros complementarios, con el fin de obtener a largo plazo, ventajas financieras, operativas y de mercado, sin poner en peligro su independencia y competitividad. A través de la alianza estratégica, un productor y un distribuidor que desarrollan un producto común, reparten los gastos."⁸

1.2 CONCEPTO DE ALIANZA ESTRATÉGICA O JOINT VENTURE

Como se desprende de lo anterior, las alianzas estratégicas a que nos referimos en el presente trabajo, son las conocidas internacionalmente bajo el término de joint venture, motivo por el cual se utilizan como sinónimos.

Gramaticalmente, la expresión *joint venture* nos da la idea de unidad y riesgo. *Joint*, se traduce como unido, colectivo, en común y conjunto principalmente, mientras que "*venture*", como señalamos anteriormente es una derivación de *adventure*, que se traduce aventura o riesgo. En consecuencia, podría traducirse como riesgo compartido o aventura en conjunto, entre otras.

⁸ A coalition formed by two or more persons in de same or complementary business to gain long-term financial, operational, and marketing advantages without jeopardizing competitive and independence. Through their strategic alliance, the manufacturer and distributor of a co-developed product shared development costs. GARNER, Bryan (Editor), Op. Cit. Pág.1434.

Asimismo, la doctrina ha propuesto diferentes definiciones entre las que se encuentran las siguientes:

a) Para Carlos Alberto Gherzi es, el contrato por el cual el conjunto de sujetos de derecho nacionales o internacionales, realizan aportes de más diversas especies, que no implicarán la pérdida de la individualidad como persona jurídica o como empresa, para la realización de un negocio en común, pudiendo ser desde la creación de bienes hasta la prestación de servicios, que se desarrollará durante un lapso de tiempo limitado, con la finalidad de obtención de beneficios económicos.⁹

b) Diversas decisiones judiciales estadounidenses, lo definen como: "asociación de personas físicas o jurídico-colectivas, que acuerdan participar en un proyecto común, generalmente específico, por una utilidad común, combinando sus respectivos recursos, sin formar ni crear una *corporation* ni tener el status (sic) de una *partnership* en sentido legal, de acuerdo también establece una comunidad de intereses y un mutuo derecho de representación dentro del ámbito del proyecto sobre el cual cada contratante ejerce algún grado de control.

c) Juan M. Favia, lo define como el acuerdo que se celebra entre dos o más empresas o empresarios que mantienen sus respectivas autonomías jurídicas con

⁹ GHERZI, Carlos Alberto. Contratos Civiles y Mercantiles. Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina 1990. Pág. 516.

el fin de realizar un objeto en común mediante la aportación de recursos y la administración compartida de ellos.¹⁰

d) Guillermo Cabanellas propone que los joint ventures pueden ser creados, cuando dos o más personas combinan su dinero, propiedad o tiempo en el ejercicio de una determinada línea de comercio o para un negocio en particular, acordando compartir las ganancias y las pérdidas en proporción al capital contribuido.¹¹

e) Para el Black's Law Dictionary, *joint venture*, "es negocio (mercantil), celebrado entre dos o más personas con el fin de desarrollar un proyecto en común"¹².

f) Para Xavier Ginebra Serrau, alianza estratégica como sinónimo de *joint venture*, son los contratos celebrados entre dos o más empresas por el cual integran parcialmente operaciones o actividades que forman parte de su actividad empresarial, a través de la puesta en común de recursos, bienes o dinero de manera estable y duradera, para mejorar su situación competitiva y participando de manera conjunta y proporcional en los resultados de la explotación. Desde el punto de vista económico, continúa el mismo autor, es el contrato por el cual dos o más empresas, conservando su independencia jurídica y económica, coordinan en

¹⁰ FAVIA, Juan M. Contratos Comerciales Modernos, Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina 1993, Pág. 751.

¹¹ CABANELLAS DE LA CUEVA, Guillermo y KELLY, Alberto. Contratos de Colaboración Empresarial, Editorial Heliasta. Buenos Aires Argentina 1987, Pág. 107.

¹² "A business undertaking by two or more persons engaged in a single defined project." GARNER, Bryan (Editor), Op. Cit. Pág. 843.

forma estable uno o varios escalafones y/o actividades de la cadena del valor con otra empresa, la coordinación debe aportar ventajas competitivas para cada empresa, ya que de otro modo la alianza no sería estratégica, y por ende no sería joint venture.¹³

Respecto de las definiciones anteriores, considero válidos los siguientes elementos:

- a) Que se constituye de diversas personas, físicas o jurídico-colectivas, nacionales o internacionales, todas ellas comerciantes de acuerdo a la naturaleza del contrato.
- b) Que las personas que participan dentro de un *joint venture*, no pierden su independencia jurídica, es decir, no se fusionan para crear una nueva persona moral, de lo que se desprende que su participación e intervención en las actividades del contrato, es parcial.
- c) Que cada una de estas personas, realiza aportaciones de diversa especie, con el propósito de realizar un negocio común.
- d) Que su aportación determina la proporcionalidad de su utilidad.

¹³ Ver GINEBRA Serrau, Xavier. "Las Alianzas Estratégicas o Joint Venture y el Derecho de Competencia". REVISTA DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, número 21, México 1997.

e) Que la causas que dan origen a dicho contrato son estratégicas, palabra que etimológicamente nos refiere a la idea de extensión.

Los elementos que no fueron tomados en cuenta merecen un comentario más amplio. Respecto de la definición propuesta por Alberto Ghersi, no se tomó en cuenta el hecho de mencionar que el contrato es por tiempo limitado, toda vez en mi opinión, este aspecto es inherente al acto jurídico, si se trata de un contrato formal que implicaría la creación de una persona moral mercantil, la cual suele tener como requisito para su creación, señalar el tiempo límite de la sociedad.

Por otra parte, y con independencia del tipo de la personas que realicen un contrato de *joint venture*, y considerando que las disposiciones legales no son estrictas en este sentido, es posible afirmar que el derecho positivo mexicano, hace posible que dicho contrato sea celebrado por tiempo indeterminado, aunque es poco factible que ocurra.

Por lo que hace a la referencia de que el contrato de *joint venture* tiene por objeto un negocio en común consistente en la "creación de bienes y/o servicios", también es inherente a la realización de un contrato mercantil, el cual a diferencia del civil, es económico y especulativo, es decir, tendiente a lucrar con los procesos de producción.

En relación a la definición que puede desprenderse de los tribunales de los Estados Unidos de América, la diferencia planteada no es aplicable al derecho positivo mexicano, por lo que tampoco es necesario considerarlo dentro de los aspectos relevantes.

Por nuestra parte, proponemos la siguiente definición: *"una alianza estratégica o joint venture, es el contrato formal por el cual dos o más personas (físicas o jurídico colectivas), convienen en la realización conjunta de un negocio, sin perder su independencia jurídica, aportando para ello bienes, servicios, técnica, conocimientos y experiencia, generalmente complementarias a la de su cocontratante, con el fin de obtener ventajas y beneficios que individualmente no podrían obtener, distribuyendo en proporción al valor otorgado a sus obligaciones, las pérdidas o ganancias que se obtuvieren"*.

1.3 CLASIFICACIÓN DEL CONTRATO DE JOINT VENTURE

Con el propósito de conocer mejor el contrato de *alianza estratégica o joint venture* lo clasificaremos de acuerdo a los siguientes criterios:

1. El criterio señalado por el Código Civil Federal,
2. El criterio doctrinal de la Teoría General de los Contratos y
3. El criterio funcional.

1.3.1 CRITERIO DEL CÓDIGO CIVIL FEDERAL

El atento a lo que disponen los artículos 1835 al 1838 del Código Civil Federal, podemos afirmar que el contrato de *alianza estratégica* o *joint venture* tiene las siguientes características:

A) **BILATERAL.** Toda vez que en la realización del mismo las partes se obligan recíprocamente.

B) **ONEROSO.** Toda vez que por definición, el contrato de *alianza estratégica* o *joint venture*, se realiza con el fin de lograr provechos para las partes que lo integran.

C) **CONMUTATIVO.** En virtud de que las prestaciones que se deben las partes son ciertas desde el momento en que se celebra el contrato .

1.3.2 CRITERIO DOCTRINAL

Ramón Sánchez Meda, distingue otras características, y en atención a ellas podemos afirmar que el contrato en comento se caracteriza por ser:

A) INOMINADO O ATÍPICO. Es decir, que no está específicamente reglamentado en ningún código, sino que atento a lo que dispone el artículo 1858 del Código Civil Federal, "se rige por las reglas generales de los contratos, por las estipulaciones de las partes y, en lo que fueren omisas, por las disposiciones del contrato que tuvieran más analogía, de los reglamentados".

B) FORMALES. En virtud de que se hace por escrito, no por exigencia de la ley, sino porque es un medio sin el cual pueden comprenderse las obligaciones complejas que de él derivan.

C) ASOCIATIVO O DE GESTIÓN COLECTIVA, de lo hasta aquí expuesto, puede desprenderse que es una característica esencial del contrato en estudio.

D) OBLIGATORIO, en contraposición a traslativo. Genera obligaciones, sin tener como objeto la constitución de derechos reales.

E) EJECUCIÓN DIFERIDA toda vez que generalmente, en un acto no se consuma.

F) DEFINITIVO, porque de él se derivan múltiples obligaciones de hacer y de dar, algunas de ellas instantáneas, diversas a la creadas por los contratos preparatorios¹⁴.

G) MERCANTIL, lo anterior toda vez que en atención a las definiciones ofrecidas anteriormente, el fin de este contrato suele ser especulativo, aunque es una regla que puede tener excepciones.

H) INTUITI PERSONAE, es decir que el contrato se realiza con una persona en especial con determinada calidad, no se ofrece al público en general.

¹⁴ SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, De los Contratos Civiles, 12ª edición, México D.F. Editorial Porrúa, 1991, páginas 105-114.

Asimismo y por sus particularidades funcionales, diversos autores distinguen tres tipos de contrato de *alianza estratégica* o *joint venture*, que son los siguientes:

Joint Venture Corporation. Es una asociación de negocios formada bajo la legislación del país en que se encuentra establecido, y en el cual los inversionistas extranjeros son co-dueños de una empresa y unen sus esfuerzos para conducir una sociedad. Los socios aportan capital al negocio, ya sea en numerario o en especie. A diferencia del sentido que se le daba originalmente, los *joint venture corporations* son susceptibles de tener una amplitud de propósitos y duración.¹⁵

A manera de ejemplo, podemos citar el caso de la empresa denominada Castech, S.A. de C.V. Esta empresa, se integra por la participación de dos socios, uno de ellos Servicios de Producción Saltillo, S.A., que se dedica a la elaboración de cabezas y bloques para motores; por otra parte se encuentra Aluminios Nacionales, S.A. de C.V., que se dedica a procesar y distribuir aluminio. La unión de estas empresas dió como resultado, una organización diversa que se dedica a la elaboración cabezas y bloques para motores industriales de aluminio.

Contractual Joint Venture. Es un contrato a largo plazo en donde se establecen obligaciones tanto para el inversionista local como para el inversionista extranjero

¹⁵ CABANELLAS DE LA CUEVA, Guillermo y KELLY, Julio Alberto Op. Cit. Pág. 133.

si es el caso, sin que se haya constituido una sociedad en la que los inversionistas adquieran el carácter de socios. El objeto de este tipo de *joint ventures*, está necesariamente limitado por su estructura, pues su existencia depende de un contrato o de un grupo de contratos conectados entre sí.¹⁶

Un ejemplo del tipo de contrato, es el que tienen en algunos complejos turísticos, las empresas de departamentos de tiempos compartidos, con algunos prestadores de servicios, como por ejemplo los taxistas, guías, tripulaciones de yates entre los más importantes, quienes gozan de independencia en sus labores y sin embargo ofrecen sus servicios en paquetes, sin constituir por ello, a una persona jurídica colectiva diferente.

Network Joint Venture. Este tipo de contrato funciona a través de una red. Se entiende por red un sistema que estructura y facilita el intercambio de información, dinero, bienes o servicios entre individuos o entidades. Por su estructura y número de participantes el *network joint venture* permite efectuar transacciones o suministrar productos a los consumidores que ninguna empresa o individuo podían suministrar por sí solos.¹⁷

En este caso a manera de ejemplo, podemos citar el caso de diversas compañías telefónicas, que mediante un contrato de *joint venture*, permiten el uso de sus redes e instalaciones a otras compañías de diversos servicios similares, como

¹⁶ Ibidem, Pág. 111

¹⁷ PRATT, William A. Refusals to Deal in the Context of Network Joint ventures, The Business Lawyer, Vol. 52, February 1997, Pág. 533.

internet y larga distancia, con el propósito por un lado, de ofrecer un servicios que en ocasiones no les es permitido dar, en virtud de lo dispuesto por diversas leyes antimonopólicas, y por el otro, de utilizar instalaciones aptas y adecuadas sin invertir materialmente en construirlas.

1.4 ELEMENTOS DEL CONTRATO DE ALIANZA ESTRATÉGICA

1.4.1 ELEMENTOS PERSONALES

Las personas que pueden formar parte dentro de un contrato de alianza estratégica son:

- 1) Personas Físicas
- 2) Personas Morales¹⁸

Generalmente un contrato de alianza estratégica se celebra entre personas morales, aunque no existe ningún impedimento para que las personas físicas lo lleven a cabo, especialmente, en nuestro país, donde no existen las sociedades unipersonales.

¹⁸ El artículo 25 del Código Civil del Distrito Federal entiende por personas morales a:

- I. La Nación, El Distrito Federal, los Estados y los Municipios;
- II. Las demás corporaciones de carácter público, reconocido por la ley.
- III. Las sociedades civiles o mercantiles.
- IV. Los sindicatos, las asociaciones profesiones y demás que refiere la fracción XVI del artículo 123 de las Constitución Federal.
- V. Sociedades cooperativas y mutualistas.
- VI. Las asociaciones distintas a las enumeradas que se propongan fines políticos, científicos, artísticos, de recreo o cualquiera otro fin lícito, siempre que no fueren desconocidas por la ley.
- VII. Las personas morales extranjeras de naturaleza privada, en los términos del artículo 2736 (del mismo ordenamiento legal).

Las partes en un contrato de alianza estratégica pueden ser de la misma o de distinta nacionalidad. Como ya se mencionó, el alianza estratégica que ha tenido mayor desarrollo en los últimos años es el que se celebra entre personas de distinta nacionalidad.

Cuando los contratantes son personas morales del sector público mexicanas, importante tomar en cuenta, si las diferentes dependencias y entidades actuarán con autoridad o sin ella. Asimismo, es necesario definir si se trata de dependencias o entidades de la Administración Pública, si dentro de su objeto está contemplada la posibilidad de celebrar contratos y si esta se limita a los de algún tipo, si existe algún procedimiento especial para celebrarlo y si la persona que va a representar a dichas entidades en la celebración del contrato, tiene facultades legales para hacerlo. También es necesario verificar en la ley orgánica de la entidad y en su caso, el reglamento interior así como el nombramiento de la persona que va a celebrar el contrato.

Para contratar, las partes del alianza estratégica requieren de capacidad general . La regla general establece que "Son hábiles para contratar todas las personas no exceptuadas por la ley"¹⁹. Hay que recordar que tienen incapacidad natural y legal los menores de edad y los mayores de edad disminuidos o perturbados en su inteligencia, aunque tengan intervalos lúcidos; y aquellos que padezcan alguna

¹⁹ Ver Artículo 1798 del Código Civil Federal .

afección originada por enfermedad o deficiencia persiste de carácter físico, psicológico o sensorial o por la adicción a sustancias tóxicas como el alcohol, los psicotrópicos o los estupefacientes; siempre que debido a la limitación, o a la alteración en la inteligencia que esto les provoque no puedan gobernarse y obligarse a sí mismos, o manifestar su voluntad por algún medio.²⁰

Asimismo, en virtud de que el contrato de alianza estratégica, generalmente conlleva a la celebración de diversos contratos, es necesario distinguir entre la capacidad para celebrar el contrato de alianza estratégica y la capacidad requerida para los actos jurídicos que deriven del mismo. La falta de capacidad para celebrar los contratos que deriven de un alianza estratégica, no les resta al momento de concretar el contrato definitivo, ya que basta con que al momento de la fecha de celebración de tales contratos, cuenten con la capacidad necesaria para ello²¹. En algunos casos, la calidad del individuo le impide ser parte en determinados contratos, por ejemplo los tutores no pueden comprar ni tomar en arrendamiento los bienes de sus pupilos²², los magistrados, jueces y demás empleados públicos no pueden tomar en arrendamiento los bienes que deban

²⁰ Ver, Artículo 450 del Código Civil Federal.

²¹ Sobre la capacidad, Ramón Sánchez Meda distingue lo siguiente:

- (I) Capacidad para contratar: es un subespecie de la capacidad de ejercicio aplicada al contrato. Por regla general todas las personas tienen esta capacidad, salvo las expresamente señaladas por la Ley.
- (II) Formalidad habilitante: consiste en la autorización o permiso que a una persona capaz se otorga por una autoridad judicial o administrativa, para la celebración de determinado acto, por la función que ejerce. (Para el caso de extranjeros, cónyuges entre sí y menor respecto de sus bienes).
- (III) Legitimación para contratar: es la aptitud reconocida por la ley en una persona determinada, para que pueda ser parte de un contrato determinado.

²² Ver los artículos 569, 572, 573, 5875 y 576 del Código Civil Federal.

arrendarse en los negocios en que intervengan²³, los extranjeros requieren autorización para realizar actividades económicas con límite de participación extranjera²⁴ y los emancipados requieren autorización judicial para la enajenación, gravamen o hipoteca de bienes raíces.²⁵

Cuando el contrato en estudio se celebra por personas morales, podemos subrayar que se diferencia de una fusión, porque las actividades o activos de las empresas participantes, no son absorbidos por la empresa creada a través del contrato de alianza estratégica. En consecuencia, las partes pueden continuar con sus líneas de operación, funciones económicas e intereses, además de los correspondientes a la nueva empresa.

1.4.2 ELEMENTOS REALES

1.4.2.1 Objeto

En un principio, los contratos de alianza estratégica tenían un objeto limitado a la realización de determinado negocio. Conforme fue evolucionando y constituyéndose en una alianza estratégica o joint venture, figura independiente y distinta de la partnership, el objeto de este contrato se fue ampliando. Así, actualmente dicho objeto puede ser muy variado, y dependiendo de la alianza, puede constituir entre otros, en la realización de algún proyecto o trabajo que

²³ Ver los artículos 2401, 2402, 2403 y 2405 del Código Civil Federal.

²⁴ Ver el artículo 7 de la Ley de Inversión Extranjera

²⁵ Ver artículo 643 del Código Civil Federal.

ejecutarán conjuntamente las partes, la constitución y operación de una sociedad, así como la adquisición y operación de una empresa ya creada.²⁶

Como en todo contrato atípico, en el contrato de alianza estratégica o joint venture, es necesario describir cuál es el trabajo o proyecto conjunto que las partes pretenden desarrollar, así como el o los instrumentos que requerirán para lograrlo, estableciéndose con precisión, cuáles son las obligaciones de cada una de las partes, que pueden ser de dar, de hacer o de no hacer. Dentro de los actos jurídicos más relevantes, se encuentra la del llamado "Contrato Maestro", el cual contiene los elementos más importantes de la operación. Asimismo y en virtud de que la expectativa de lucro que por lo general tienen las partes de este contrato, es necesario establecer con anticipación, la proporción que dentro de los beneficios obtendrá cada una de las partes mismo.

1.4.2.2 Aportaciones.

Los socios dentro de un contrato de la naturaleza de la alianza estratégica o joint venture, realizan determinadas aportaciones, que establecerse claramente. Las

²⁶ ARCE GARGOLLO, Javier, Op. Cit. Pág. 332.

aportaciones que se pueden realizar son muy variadas y dependen del proyecto a realizar. Estas pueden consistir en tecnología y know-how, organización, asesoría, proyectos, cálculos, preparación de actualizaciones, estudios técnicos, de comercialización, de producción o de viabilidad financiera; maquinaria, equipo, propiedad intelectual, obligaciones solidarias o afianzamiento para créditos, entre otros²⁷; en otras palabras, las aportaciones pueden ser en capital o en especie. En ocasiones es más importante la aportación en especie sobre todo en el caso de las alianzas estratégicas internacionales, en las cuales, la aportación de tecnología suele ser el elemento que determina la celebración del contrato.

1.4.2.3. Plazo.

Para lo relativo al plazo de las obligaciones, derivadas de este contrato, es conveniente establecer uno a varios plazos que determinen cuándo deben cumplirse las obligaciones establecidas en el contrato, dependiendo de la naturaleza de cada una de ellas. Es recomendable fijar plazos límites para el cumplimiento de las obligaciones, pues esto facilitará la realización del negocio.

Cuando no tengan plazo fijo y no se hayan cumplido, el cumplimiento deberá exigirse en los términos del artículo 2080 del Código Civil Federal, a petición de parte interesada y de manera fehaciente. Cuando se trata de obligaciones de dar, la interpelación deberá realizarse con dos meses de anticipación y en el caso de

²⁷ Id, Pág.323.

las obligaciones de hacer, deberá realizarse después de un tiempo razonable en que debió darse el cumplimiento voluntario.

El contrato de alianza estratégica o joint venture, se rige por las disposiciones de aquellos contratos con los que tenga más analogía, al no tener regulación específica²⁸, por lo que el plazo debe estimarse y considerarse también dentro de estas circunstancias.

1.4.3 ELEMENTOS FORMALES.

Si bien la forma es indispensable para validez de algunos contratos, cuando lo señala la ley, considero que en el caso del contrato que nos ocupa debe celebrarse por escrito, más por una cuestión práctica que por una obligación legal. Además, por la complejidad misma del contrato, si no se celebra por escrito, difícilmente cumpliría con los fines del mismo. No requiere de registro alguno, publicidad o de algún medio para exteriorizarse ante terceros. Cabe agregar, que para la instrumentación una alianza estratégica, no siempre basta el documento en el que éste se plasma sino que son necesarios una serie de documentos diversos.

1.5 FIGURAS AFINES AL CONTRATO DE ALIANZA ESTRATÉGICA

²⁸ Ver artículo 1858 del Código Civil Federal.

En mi opinión personal, existen dos figuras similares al mismo, que son la Asociación en Participación y el Contrato de Fideicomiso. Es importante conocerlas dado que nuestro derecho contractual establece que a los contratos no regulados se les aplicarán las disposiciones relativas al contrato con el que tengan más similitud. El conocer las figuras afines, nos permitirá conocer cuales son las disposiciones legales aplicables al contrato de alianza estratégica y las ventajas del contrato en estudio sobre las otras figuras.

Así podremos explicar las razones que llevan a un inversionista a firmar este tipo de contrato y no cualquier otro previsto en nuestra legislación.

1.5.1 ASOCIACIÓN EN PARTICIPACIÓN

De acuerdo en lo establecido en el artículo 252 de la Ley General de Sociedades Mercantiles²⁹, la asociación en participación es un contrato por el cual una persona llamada asociante concede a otras que le aportan los bienes o servicios llamadas asociadas, una participación en las utilidades y en las pérdidas de una negociación mercantil o de una o varias operaciones de comercio.

El contrato de asociación en participación es, en mi opinión, el que mayor parecido tiene con el contrato de alianza estratégica o joint venture. A continuación se señalarán las semejanzas de uno y otro contrato.

²⁹ Ver artículo 252 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Entre las semejanzas tenemos que en ambas figuras las partes aportan bienes o servicios con el fin de tener participación en las utilidades y en las pérdidas de una negociación mercantil u operaciones de comercio.

También tenemos que la asociación la participación, no se pierde la identidad de las partes para constituir una persona jurídico-colectiva distinta e independiente de la de sus miembros, así como tampoco en sí mismo lo constituye en contrato de alianza estratégica o joint venture.

Como consecuencia de lo anterior, tanto la alianza estratégica o joint venture, como la asociación en participación, carecen de personalidad jurídica y de razón o denominación social. No obstante lo anterior, hay que recordar que entre las distintas formas en que funciona la alianza estratégica, se pueden crear personas morales que necesariamente deben contar con razón o denominación, aunque esto no es el contrato en sí mismo, sino un acto de ejecución contractual.

En ambos casos, los bienes pertenecen a los socios y no a la alianza estratégica o joint venture o a la asociación en participación.

Entre las diferencias encontramos, que en la asociación en participación se transmiten los bienes o servicios al asociante y entran a su patrimonio, por el contrario, en el contrato de alianza estratégica, el patrimonio solo llegaría a

formarse en el momento en el que las partes constituyen una sociedad, como un acto de ejecución del contrato.

En ambos contratos las partes buscan llegar a un fin común, sin embargo en la asociación en participación, el asociante en quien se debe desarrollar las actividades necesarias para lograr dicho fin, administrando la sociedad, prescindiendo totalmente del asociado. En el contrato de alianza estratégica es necesario un manejo conjunto del negocio de quienes intervienen, para llegar al fin común si bien las facultades no sean idénticas para todos ellos. Incluso, si bien es posibles delegar ciertas facultades administrativas, la regla general es la administración compartida entre los distintos contratantes.

En consecuencia, en la asociación en participación, los contratantes tienen diferentes derechos por ministerio de ley, ya sea como asociado o como asociante, lo cual no sucede en el contrato de alianza estratégica. .

Dentro de la asociación en participación, el asociante obra en nombre propio sin que exista relación alguna entre los terceros y los asociados. De hecho, su intención es que los terceros ni siquiera reconozcan la existencia del contrato de asociación en participación; al respecto, cabe recordar que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha manifestando que la esencia de una asociación en participación es la de ser una "sociedad oculta". A diferencia, el contrato alianza estratégica es una figura mediante la cual se constituya una sociedad

necesariamente, sino que, en su caso, son un acuerdo para constituirla no se tiene la intención de mantener oculta la existencia del contrato, dándose el caso de que las partes deseen que los terceros conozcan la existencia de este contrato.

Por lo que toca a su naturaleza, podemos señalar que la asociación en participación es un acto mercantil, toda vez que la propia definición del artículo 252 de la Ley General de Sociedades Mercantiles así lo señala, y porque está creada en una ley mercantil. En el caso de la alianza estratégica, no es posible afirmar que sea absolutamente civil o mercantil, ya que bien la mayoría son mercantiles (celebrados entre comerciantes, con fines económicos preponderantemente especulativos) según las circunstancias podría contratos civiles, cuando no tengan fines de lucro.

Lo que respecta a la administración del negocio de una y otra figura señala una diferencia esencial. Lo anterior puede apreciarse cuando se desea constituir una sociedad como consecuencia de la celebración de una alianza estratégica, ya que esta suele ser una sociedad anónima o de responsabilidad limitada más no una asociación en participación, lo que demuestra que la asociación en participación no satisface el objetivo del contrato de alianza estratégica.

1.5.2 FIDEICOMISO

El artículo 346 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, define al fideicomiso como el acto mediante el cual el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria.

Partiendo de esta definición, encontraremos las diferencias y semejanzas existentes entre el fideicomiso y el contrato de alianza estratégica.

Entre las semejanzas, encontramos que en ambas figuras se destinan ciertos bienes o recursos a la obtención de un fin que puede ser cualquiera siempre y cuando sea lícito. Asimismo, tanto en el fideicomiso como en el contrato de alianza estratégica o joint venture, se establecen los mecanismos que deben ser utilizados para obtener dichos fines, estos mecanismos pueden ser muy variados dependiendo del caso concreto.

Los sujetos muestran algunas semejanzas, pero también algunas diferencias, como se expone a continuación. En el contrato de fideicomiso, se tienen los siguientes sujetos:

- a) Fideicomitente
- b) Fiduciario

c) Fideicomisario.

El fideicomitente es el titular de los bienes o derechos que se afectan, para el cumplimiento del fin. Encontramos una semejanza con el contrato de alianza estratégica o joint venture, porque en éste también las partes en el contrato se obligan a aportar determinados recursos para realizar un proyecto. Sin embargo, incluso en este momento ya existen diferencias, pues en el caso del joint venture se requiere al menos de dos sujetos que realicen su aportación, mientras que, en el fideicomiso, basta un fideicomitente para constituirlo.

El fiduciario es la Institución Bancaria que tiene autorización de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, para la celebración de este tipo de contratos y encargarse de la ejecución del fideicomiso. En cuanto a las semejanzas encontramos que en una y otra figura, existe alguien que se encarga de la ejecución y realización del fin común.

En cuanto a las diferencias, tenemos primeramente, que en el contrato de alianza estratégica o joint venture, no se necesita la participación de determinado tipo de instituciones para obtener los fines del mismo, pues las mismas partes se encargan de la ejecución del contrato; en segundo lugar tenemos que en el fideicomiso, es el fideicomitente quien determina el fin y la fiduciaria sólo lo

ejecuta, mientras que en el joint venture las partes determinan el fin de forma conjunta; otra diferencia es que sólo las personas autorizadas pueden ser fiduciarias, limitación que no existe en la alianza estratégica, pues las partes encargadas de la ejecución del contrato no requieren de alguna autorización o calificación; una diferencia más es que las fiduciarias tienen derecho a recibir determinada remuneración por sus servicios, es decir, a diferencia del joint venture, no participa directamente en los riesgos de la operación y no aporta más que su trabajo y por último podemos señalar que el fideicomitente puede revocar el nombramiento de la fiduciaria (siempre y cuando se reserve dicho derecho), en la alianza estratégica, no se trataría de una revocación sino en algunos casos de una rescisión o terminación.

El fideicomisario es la persona que recibe el beneficio o frutos del fideicomiso, una vez cumplida su finalidad (aunque no es un elemento esencial ya que puede no existir). En el contrato de alianza estratégica no existe una figura parecida, pues las partes celebran el contrato para obtener beneficios propios. No obstante lo anterior, cabe mencionar que en el caso del fideicomiso cabe la posibilidad de ser fideicomitente y fideicomisario al mismo tiempo y que en el caso del contrato de alianza estratégica o joint venture, sería posible realizar ciertos actos jurídicos en beneficio de un tercero.

Existen importantes diferencias derivadas de las diversas disposiciones que regulan el fideicomiso, pues hay que recordar que el contrato de joint venture, al

ser un contrato atípico goza de una gran flexibilidad. Así por ejemplo la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, establece límites en cuanto a la duración del fideicomiso, en cuanto a los bienes que pueden ser objeto del mismo, en cuanto a las instituciones que pueden ser fiduciarias, las causas de extinción del fideicomiso, por ejemplo. Por el contrario, la alianza estratégica o joint venture joint venture, es un contrato sumamente flexible, y especialmente útil para inversionistas que no sólo desean aportar recursos para la obtención de un fin, sino que desean participar en los actos encaminados a su obtención.

CAPÍTULO 2

ASPECTOS GENERALES DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA

2.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA INVERSIÓN EXTRAJERA EN MÉXICO

Debido a la inestabilidad política que existió en nuestro país a partir de la guerra de independencia en el año de 1810, no fue posible constituir con recursos propios, un capital real que nos permitiera lograr un desarrollo industrial, capaz de explotar nuestros recursos naturales y satisfacer de este modo las necesidades de los mexicanos, por lo cual fue necesario abrir las puertas al capital extranjero. A continuación, se ofrece un breve panorama de los esfuerzos que se han realizado en este sentido.

Fue hasta el gobierno encabezado por Porfirio Díaz (1876 a 1910), que nuestro país mantuvo una estabilidad política más o menos prolongada, que nos permitió captar una entrada constante de capitales extranjeros.

Durante su administración, el Porfirio Díaz estableció una política económica diseñada para atraer inversión extranjera, principalmente a la explotación de minerales e industrias encargadas de la producción de bienes básicos, con la idea de que esto llevaría a México, a una posición económica similar a la existente en los países industrializados. A finales del régimen del General Díaz, la inversión

extranjera se había canalizado exageradamente, en actividades como la minera, la construcción de vías para ferrocarril, la actividad bancaria, la comercial y la inmobiliaria. La economía mexicana estaba especialmente diseñada para la exportación de productos primarios con comunicaciones y todo tipo de infraestructura, tendiente a favorecer a las compañías exportadoras que se constitúan por capital extranjero.¹

Los medios de producción al final de este periodo estaban casi completamente en manos extranjeras, con las consecuencias históricas inherentes de cualquier país recién industrializado y la agravante de serlo por intereses ajenos a los nacionales, lo cual fue motivo del inicio de la revolución de 1910. La Revolución Mexicana frenó el auge financiero de inversión, que hasta entonces había prevalecido. Como resultado de la revolución se creó y promulgó la Constitución de 1917, en la cual se establecieron fundamentos políticos e ideológicos para una intervención del Estado drásticamente distinta en la economía, limitándose la inversión extranjera en los términos de las fracciones I y IV del artículo 27, así como en la Ley Orgánica de la fracción I del artículo referido y su reglamento, publicados en el Diario Oficial de la Federación en 21 de enero y 29 de marzo respectivamente 1926, con el fin de reafirmar la soberanía del país y su independencia del control extranjero.²

¹ Véase Díaz Bravo Arturo, INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO, Segunda Edición, México 1996, Editorial Porrúa, p. 1810.

² Ibidem

La promoción para atraer a la inversión extranjera directa a partir de la Constitución de 1917, fue un problema importante en cada gobierno, por lo que cada uno tuvo que resolverlo en la medida en que se identificaran los problemas.

Durante estos años se intentaron muchas estrategias para lograr el desarrollo económico, como aquellas basadas en la exportación de productos primarios, otras en la sustitución de importaciones, resaltando la intervención del Estado en dicho proceso. La intervención estatal con frecuencia ha afectado los capitales extranjeros, teniendo como consecuencia lógica una limitación a aquellos sectores expresamente señalados por el Estado. De 1940 a 1960, la inversión creció muy rápidamente en México como en el resto del mundo, sin embargo a partir de entonces y durante los siguientes veinte años, disminuyó notablemente.

La expropiación petrolera de 1938 tuvo especial importancia. Para los nacionales constituyó el fundamento político de lo que sería en años posteriores la postura nacional respecto a la inversión extranjera y su impacto económico por la mayor parte de tiempo durante este siglo. Esta política dispuso la activa participación del Estado como compensador entre inversionistas extranjeros y sus países.

El sector petrolero fue el único que no se vio gravemente afectado por la inversión extranjera debido al movimiento revolucionario, sin embargo la expropiación petrolera realizada por el Presidente Lázaro Cárdenas del Río en 1938, redujo la participación extranjera en la actividad económica de nuestro país. Es importante notar que debido al momento histórico mundial, México sufrió un daño menor.

La Segunda Guerra Mundial y su gran demanda de materia prima se aceleró debido a que en los años inmediatos anteriores, la capacidad industrial de los Estados se enfocó hacia la producción de armamento e implementos necesarios para la guerra, por lo cual los capitales extranjeros tuvieron que regresar nuestro país, encontrando nuevos mercados para sus productos, mientras la diversidad de éstos disminuyó en el mercado interno.

Luego de la II Guerra Mundial, los gobiernos mexicanos tendieron a proteger a la industria nacional, de la competencia extranjera. El Presidente Manuel Ávila Camacho, aprovechó las facultades adquiridas en virtud de la suspensión de garantías para imponer restricciones a "la creación, modificación, liquidación y transferencia de capitales mexicanos."³

El decreto de emergencia es un ejemplo de la respuesta nacionalista al crecimiento de la inversión extranjera durante la época de la posguerra. El decreto concedía amplias facultades discrecionales al Secretario de Relaciones Exteriores para el control de capitales extranjeros.

Debido al desarrollo de la economía nacional durante la segunda guerra mundial, muchos capitales extranjeros fluyeron hacia nuestro país, lo cual fue visto por el gobierno con desconfianza, ya que eso se percibía como un riesgo para la inversión nacional existente, por el posible desplazamiento que esta tuviera con

respecto aquella. El Decreto de Emergencia quedó sin vigencia en 1945, por la terminación de la guerra, sin embargo, al proclamarse el decreto abrogatorio se acompañó de disposiciones intervencionistas estatales en materia de economía.

No obstante lo anterior, entre 1940 y 1965, la inversión extranjera directa prácticamente se cuadruplicó. A finales de los años cincuenta la influencia del Decreto de Emergencia había dado cauce a diferentes posiciones respecto a la inversión extranjera. Debido a un influjo masivo de inversión extranjera directa en sectores productivos, en los años sesenta ocurrió lo que se denominó la "mexicanización".

La mexicanización ocurre como consecuencia de que a finales de los años cincuenta el gran flujo de capital extranjero amedrentó a los industriales mexicanos que presionaron al gobierno para que lo limitara. Respondiendo a tales demandas, el gobierno instrumentó políticas nacionalistas para definir y controlar las acciones tanto de individuos como de capital extranjeros.

La política adoptada por Manuel Ávila Camacho, por la cual el 51% de todo negocio privado debía ser propiedad de mexicanos, asegurando de este modo el control local de la economía y la recepción doméstica de sus beneficios, se fortaleció durante la década de los sesenta.

³ Decreto de Emergencia publicado en el Diario Oficial de 7 de julio de 1944.

Durante su mandato presidencial, Adolfo López Mateos expandió la intervención estatal en materia de economía, al verse favorecido por la inversión extranjera. En este orden de ideas, entre 1960 y 1963, el Secretario de Relaciones Exteriores señaló mediante una lista, las industrias o sectores en los cuales era necesaria una participación mayoritaria de mexicanos en el capital. En esta lista estaban incluidos, sectores como el de auto partes, químicos e industrias dedicadas al equipamiento de oficinas. Esta política se complementó con la instrumentación de otro tipo de acciones gubernamentales de tipo político en la cual se favorecía a los nacionales, aún en circunstancias de inferioridad.

Estas políticas tuvieron como resultado una importante fuga de capitales, lo que forzó a gobierno de entonces, a tomar una postura más suave y conciliatoria.

A principio de la década de los setentas, durante la administración de Gustavo Díaz Ordaz, México había mostrado una política contradictoria, que por un lado se tenían estrategias de intervencionismo de estado en la economía, especialmente con respecto a la inversión extranjera directa, y por otro se incentivaba selectivamente varios instrumentos que afectaban a las empresas cuya propiedad mayoritaria pertenecía a extranjeros. Los empresarios mexicanos apoyaban la actitud de apertura de la administración hacia el capital privado en general, demandaba políticas más restrictivas hacia la inversión extranjera.

Por otra parte a finales de los años sesenta y principios de los setenta, proliferaron a nivel internacional las empresas transnacionales, provocando en

países en vías de desarrollo como México sentimientos de rechazo. El gobierno de nuestro país, se volvió crítico con respecto a los efectos nocivos de las empresas trasnacionales.

Durante la Administración de Luis Echeverría Álvarez, se hicieron importantes esfuerzos para regular de una manera más definida, las actividades de las empresas extranjeras, teniendo como respuesta por el sector empresarial mexicano críticas por el actuar y repercusión de las inversiones extranjeras.

Si bien Echeverría procuró el crecimiento industrial, las políticas de sustitución de importaciones comenzaban a ser insuficientes para alcanzar estos objetivos, por lo que el gobierno comenzó a promover la manufactura de productos de exportación y bienes de capital.

En 1986 México se adhirió al Acuerdo General de Aranceles y Comercio (GATT), hoy Organización Mundial de Comercio. A partir de ese momento, se implementa una serie de reformas y abrogaciones que dan como resultado, nuestro marco legal vigente.

La Ley de Inversión Extranjera de 1993, abrogó a la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera, vigente desde 1973. Esta, nuestra legislación vigente, con sus reformas correspondientes, tienen como propósito determinar las reglas para canalizar la inversión extranjera hacia el país

y propiciar que esta contribuya al desarrollo nacional⁴, apoyándose para tal efecto en el Reglamento de la Ley de Inversión Extranjera y el Registro Nacional de Inversiones Extranjeras.

2.2 INVERSIÓN EXTRANJERA, CONCEPTO.

La Real Academia en su Diccionario de la Lengua Española, define inversión como la acción y efecto de invertir; asimismo, define invertir como colocar, emplear o gastar caudales.⁵

Respecto de la palabra extranjera, la misma fuente lo define como que es lo que viene de un país de otra Soberanía.⁶

Desde el punto de vista económico, Samuelson y Nordhaus nos indican que la inversión es la " Actividad económica cuyos beneficios se obtienen en el futuro y no de forma inmediata. Más concretamente, en macroeconomía la inversión adopta tres formas: (a) la construcción de nuevas plantas y equipo para las empresas; (b) la construcción de nueva vivienda residencial; (c) el aumento de las existencias. La inversión neta es el valor de la inversión total después de tener en cuenta la depreciación. La inversión neta, en este sentido más estricto de aumento neto de stock de capital a veces se denomina formación de capital. La

⁴ DIAZ, Luis Miguel y MORONES LARA Guadalupe, Inversión Extranjera: Derecho Mexicano y Derecho Internacional, Primera Edición, México 1992, Editorial Themis, p.14.

inversión bruta es la inversión sin tener en cuenta la depreciación. (2) En términos financieros, la inversión tiene un significado totalmente diferente: la compra de un título como una acción o un bono.⁷ Asimismo, nos indican que adquiere la calidad de extranjera cuando un país la recibe de otro, que ha agotado todos sus proyectos rentables de inversión y se beneficia de los proyectos que el primero de los mencionados, tiene por desarrollar.⁸

La Ley de Inversión Extranjera define inversión extranjera de la siguiente forma :

Artículo 2. *Para los efectos de esta ley se entenderá por:*

...

II. Inversión extranjera:

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

⁵ REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Diccionario, 22ª Edición, España 1992, Editorial Calpe, S.A., p.837.

⁶ *Ibidem* p.663

⁷ SAMUELSON, Paul y NORDAUS, William. Economía

12ª Edición, Editorial Mc Graw Hill, México 1990, pp. 1113-1114.

⁸ *Ibidem* Pág. 1002.

Francisco López González, señala que la inversión extranjera es, en términos generales, "toda forma de propiedad e intereses en sociedades comerciales, propiedad tangible o intangible y aún la contractual."⁹

2.3 TIPOS DE INVERSIÓN EXTRANJERA

La inversión extranjera se clasifica en Inversión Extranjera Directa e Inversión Extranjera Indirecta, también llamada de Portafolio. Veamos a continuación en que consiste cada una.

2.3.1 INVERSIÓN EXTRANJERA DIRECTA

Según no señala Peter Dicken, la Inversión directa es aquella destinada a una empresa o de una empresa a otra con el fin de obtener un grado de control sobre las operaciones de la última y se llama Extranjera, cuando se da de un país a otro. Dicho de otro modo, inversión extranjera directa es la acción y efecto de que una empresa compre o proporcione capital, a una empresa de un país de otro país con el fin de controlarla o bien, con el fin de establecer una sucursal.¹⁰

⁹ LOPEZ, F. "El Capítulo 11 del TLCAN y la Posición Tradicional de México respecto a la Inversión Extranjera: Algunas Consideraciones Legales sobre sus Consecuencias en los Ámbitos Internacional y Nacional." Lex, 1997.

¹⁰ DICKEN, Peter. Global Shift, 1a Edición, Editorial Paul Chapman. Londres 1995, páginas 88-89.

Para Jurg n Voss la inversión directa es "la inversión en dinero, bienes o servicios en un proyecto compromiso empresarial, en especial por medio del establecimiento compañías subsidiarias o mediante la adquisición del control de empresas; la capitalización de sucursales y facilidades de plantas, el aseguramiento de la tenencia accionaria a través de poderes de administración y control (generalmente del 25%); haciendo prestamos a largo plazo con bajos intereses en conjunción con controladoras de capital."¹¹

2.3.2 INVERSIÓN INDIRECTA O DE PORTAFOLIO

Oscar Ramos Garza se  ala que, la Inversión Indirecta o de Portafolio es la situación en la que empresas compran acciones y/u obligaciones de otras empresas simplemente con propósitos financieros, esto es, como cualquier otro inversionista ellos "crean" portafolios de acciones y/u obligaciones de otras empresas.¹²

Por su parte Chacholiades, afirma que "la inversión directa debe diferenciarse de la inversión de portafolio. La inversión directa es la inversión en empresas localizadas en un país pero efectivamente controladas por residentes de otro país. La inversión de portafolios, por su parte, se refiere a las compras de títulos valores

¹¹ Citado por SANDRINO, G. "The NAFTA Investment Chapter and Foreign Direct Investment in Mexico: Third World Perspective" Vanderbilt Law Journal 1994.

¹² RAMOS GARZA, Oscar. México ante la Inversión Extranjera. Legislación política y Prácticas, 2  edición, Editorial Docal Editores S.A., México 1974, Pág. 3.

(bonos y acciones) que no implican ninguna exigibilidad sobre el control o la propiedad de las empresas extranjeras."¹³

Consideramos importante hacer un comentario al respecto. La inversión indirecta o de portafolio, cambia con relación a la anterior, por el porcentaje que adquiere una empresa de otra, ya que en este caso no se pretende controlar a la empresa cuyas acciones u obligaciones se compran, sino simplemente tener una ganancia propia de propósitos financieros.

En el derecho mexicano, no existe un concepto claro de cada una de ellas, como puede apreciarse al comparar los artículos 7 y 9 de la Ley de Inversión Extranjera. A efecto de ser más claro discurriremos en primer lugar sobre lo prescrito en el artículo 9, antes referido. Dicho artículo señala que se requiere resolución favorable de la Comisión (en este caso la de Inversión Extranjera) para que, en las sociedades mexicanas donde la inversión extranjera pretende participar directa o indirectamente, en una proporción mayor al 49% de su capital social, únicamente cuando el valor de los activos de las sociedades de que se trate, al momento de someter la solicitud de adquisición rebase el monto que determine anualmente la propia Comisión.

A simple vista parece, que se está en presencia de inversión extranjera indirecta y que esta tiene una acepción diferente a la que hemos expuesto, sin embargo lo

¹³ CHACHOLIADES, Miltiades, Economía Internacional, Editorial Mc. Graw-Hill, México 1992, 5a Edición pp. 329-330

prescrito en el artículo 9 de la Ley de Inversión Extranjera, debe entenderse dentro del contexto del artículo 7 de la misma ley, el cual señala en el último párrafo que los límites para la participación de inversión extranjera señalados en ese artículo, no podrán ser rebasados directamente, ni a través de fideicomisos, convenios, pactos sociales o estatutarios, esquemas de piramidación o cualquier otro mecanismo que otorgue control o una participación mayor a la que se establece salvo por lo dispuesto en el Título Quinto de esta ley.

En otras palabras podemos afirmar que conforme a nuestra legislación, existe inversión extranjera directa que se lleva a cabo indirectamente, a través de fideicomisos, convenios, pactos sociales o estatutarios, esquemas de piramidación o mecanismos afines y no a través de la compra directa de capital social.

2.4 RELEVANCIA DEL FENÓMENO DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA DENTRO DEL SISTEMA ECONÓMICO MUNDIAL VIGENTE.

La evolución del sistema económico mundial, ha hecho del comercio internacional y la inversión, sus bases más importantes. Shenkin afirma que "de hecho, en diferentes momentos, ya el comercio internacional o la inversión han sido el vehículo principal hacia la integración económica global y seguirán funcionando de esta forma hasta el próximo milenio"¹⁴

¹⁴ SHENKIN, T. "Trade-Related Investment Measures in Bilateral Investment Treaties and the GATT: Moving Toward a Multilateral Investment Treaty." 55 U. Pitt. Law. Rev. 1994. p. 541.

El sistema económico mundial que prevalece en nuestros días, es diferente al que existía unas cuantas décadas. Si bien las instituciones surgidas de la Conferencia de Bretton Woods y las ideas económicas que se tomaron al final de la Segunda Guerra Mundial continúan regulando mucha de la actividad económica mundial, tanto el enfoque se ha modificado.

Dicho cambio es debido a diversos acontecimientos en el ámbito político y económico mundial, como es el fin de la Guerra Fría, que ha aumentado del todo aspecto, la influencia de los Estados Unidos de Norte América, la independencia de algunos países en África y Asia, los movimientos ecologistas, el llamado de la ONU al establecimiento de un Nuevo Orden Económico Mundial en 1974, la crisis petrolera de principios de los ochenta, la presencia del Banco Mundial en una gigantesca e incontenible gama de proyectos, la nueva industrialización de países en el sureste de Asia, los conflictos del Golfo Pérsico, de la antigua Yugoslavia y la apertura de la República Popular China, entre muchos otros. Estos acontecimientos han generado como consecuencia la búsqueda de adaptación de los instrumentos y enfoques antes utilizados mundialmente para el tratamiento de los asuntos económicos.

Pasando a los datos concretos, tenemos que el último Informe de la CEPAL, sobre la inversión en América Latina y el Caribe señala que tras una década de crecimiento sin precedentes, los flujos de inversión de América Latina y el Caribe

disminuyeron de USD\$105, 000,000,000.00 (CIENTO CINCO MIL MILLONES DE DÓLARES MONEDA DE CURSO LEGAL EN LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA)¹⁵, en 1999, a USD\$80,000,000,000.00 (OCHENTA MIL MILLONES DE DÓLARES MONEDA DE CURSO LEGAL EN LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA)¹⁶, en 2001. Esta tendencia persiste en este año y los datos arrojados no muestran signo de reversión, ya que la inestabilidad de la región corroborada por lo ocurrido recientemente en Argentina y Venezuela, podrían ser un factor negativo importante.

Ahora bien, pese a su disminución, las entradas netas de este tipo de inversión , aún son superiores al promedio del último quinquenio. Y con la disminución del 10% durante el año pasado se compara favorablemente con la disminución del 50% en el flujo global.

El informe de la CEPAL, señala que existe una incertidumbre sobre el futuro a mediano plazo. Ella se debe en parte al comportamiento del entorno económico Internacional, con una rescisión más prolongada de lo previsto en Estados Unidos y bajas expectativas de crecimiento en Europa y Japón. Esto redundará en una menor inversión, en un deceso de la tasa de ganancia de las empresas y en un menor movimiento de sus valores bursátiles, todo lo cual afecta a la inversión extranjera directa.

¹⁵ Ver página de Internet CEPAL, Informe sobre la Inversión Extranjera en América Latina y el Caribe. <http://www.eclac.cl>

¹⁶ Ibidem.

Otro fenómeno que no deja de incidir, es la fuerte atracción que ejercerá China sobre el entorno mundial. La Inversión Extranjera Directa que anualmente ha obtenido china desde 1996, ha sido aproximadamente de USD\$40,000,000,000.00 (CUARENTA MIL MILLONES DE DÓLARES MONEDA DE CURSO LEGAL EN LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA)¹⁷ y continúa creciendo. Entre los factores estructurales propios de la región, destaca la implementación de las reformas económicas, que atrajeron parte de la oleada de Inversión Extranjera Directa en la década de los noventas y especialmente la privatización de las grandes empresas estatales ligadas al suministro de energía y servicios básicos.

Por otra parte, podemos observar que el flujo de inversión extranjera directa en América Latina y el Caribe, ha tenido una evolución heterogénea, con países altamente beneficiados, donde los inversionistas están en espera de una mejora en el ámbito político interno y en las condiciones internacionales. En 2001, México obtuvo un 35% del flujo de inversión extranjera directa, lo cual acusa un incremento comparado con el 18% que en promedio obtuvo en el periodo comprendido de 1995 a 2000. Brasil obtuvo un 32%, Centroamérica y el Caribe un 6%, Chile un 5% y Argentina un 4%.¹⁸

¹⁷ Ver página de internet CEPAL, informe sobre la inversión extranjera en América Latina y el Caribe. <http://www.eclac.cl>

¹⁸ Ibidem

CAPITULO 3

RÉGIMEN JURÍDICO DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA Y DE LA ALIANZA ESTRATÉGICA

3.1 FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA EN MEXICO

La inversión extranjera en México es regulada básicamente por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la Ley de Inversión Extranjera, así como por algunos tratados y convenios internacionales entre los que se encuentran el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, los Acuerdos de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), así como los Acuerdos del Acta Final de la Ronda de Uruguay y los APPRIS¹ hoy vigentes celebrados con España, Suiza, Argentina, Alemania, Países Bajos, Austria, Unión Belga Luxemburgo, Francia, Finlandia, Uruguay, Portugal, Italia, Dinamarca, Suecia, Corea del Sur y Grecia.²

¹ Los APPRIS, son tratados internacionales en materia de inversión extranjera, celebrados entre dos Estados con objeto de promover los flujos de capital y brindar a las inversiones de ambos países seguridad jurídica.

² Los APPRIS celebrados por nuestro país, son los siguientes:

País	Fecha de firma	Publicación en el D.O.F.
España	22 de junio de 1995	19 de marzo de 1997
Suiza	10 de julio de 1995	20 de agosto 1998
Argentina	13 de noviembre de 1996	28 de agosto de 1998
Alemania	25 de agosto de 1998	pendiente
Países Bajos	13 de may de 1998	10 de julio de 2000
Austria	29 de junio de 1998	pendiente
Unión Belga Luxemburgo	27 de agosto de 1998	pendiente

3.1.1 CONSTITUCIÓN

Podemos apreciar que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, regula lo relativo a la inversión extranjera, en los artículos 1, 27, 30, 33, 25, 26, 28, 73 fracciones XVI, XXIX-F, 89 X y 133.

El artículo 1º permite a los extranjeros gozar de las garantías previstas en la Constitución de la misma manera en que lo haría un nacional, ya que dicho artículo no hace diferencia alguna entre mexicanos y extranjeros, al utilizar la expresión de "todo individuo", aplicándose el principio lógico de interpretación jurídica que señala que donde la ley no distingue, los particulares y las autoridades no deben distinguir. En dicho artículo también se prevé, que solamente la Constitución se limita a sí misma, por lo que los límites en materia de inversión extranjera, encuentran su fundamento en la propia Constitución.

El artículo 25, establece las características de nuestro sistema económico, al señalar que "corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional". En estas

Francia	12 de noviembre de 1998	30 de noviembre de 2000
Finlandia	22 de febrero de 1999	30 de noviembre de 2000
Uruguay	30 de junio de 1999	pendiente
Portugal	11 de noviembre de 1999	08 de enero de 2001
Italia	3 de noviembre de 2000	pendiente
Dinamarca	13 de abril de 2000	30 de noviembre de 2000
Suecia	3 de octubre de 2000	pendiente
Corea del Sur	14 de noviembre de 2000	pendiente
Grecia	30 de noviembre de 2000	pendiente

condiciones podemos apreciar que no tiene cabida el Estado Gendarme y la regulación de la economía por medio de la mano invisible, que postulaba Adam Smith. De lo anterior, se desprende que la economía nacional y la inversión extranjera tienen características de intervencionismo.

Esta idea se refuerza en el tercer párrafo de dicho artículo, donde se indica que al desarrollo de la actividad económica concurrirán los sectores público social y privado, es decir, que el gobierno en primer lugar, las organizaciones o agrupaciones sociales en segundo y por último la iniciativa privada.

Considero que el artículo 27 de nuestra constitución es el más importante. En su primera parte señala de manera tajante, que el sistema económico mexicano es mixto, como se desprende del primer párrafo, donde enuncia que "la propiedad de tierras y aguas comprendidas dentro del territorio nacional, corresponde originalmente a la nación, la cual ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares, constituyendo la propiedad privada".

Resulta evidente que si la propiedad privada no existiera por mandato constitucional, la inversión extranjera no existiera.

Asimismo, merecen destacarse tres puntos del artículo 27 constitucional: 1) la soberanía nacional sobre los recursos naturales, 2) la existencia de una zona prohibida y 3) la inclusión de la doctrina Calvo.

La soberanía nacional sobre los recursos naturales del subsuelo, ha quedado expuesta en la referencia realizada al primer párrafo del artículo en estudio. Esta disposición se complementa en los párrafos siguientes, que reafirma este principio y lo extiende al zócalo marino, a las aguas y mares territoriales y a la zona económica exclusiva.

Asimismo, se establece una zona prohibida, que consiste en la faja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y de cincuenta en las playas, en las que por ningún motivo podrán los extranjeros adquirir el dominio directo sobre las tierras y aguas.

Por lo que toca a la doctrina Calvo, esta se desarrollo por el tratadista argentino, nacido en 1824, que como consecuencia de los abusos que cometían las potencias, principalmente europeas, en contra de los países latinoamericanos, postuló en su *Le Droit International Théorique et Practique*, como principio de derecho internacional, el que ningún Estado puede intervenir por la vía diplomática ni por ningún otra, a efecto de hacer valer las quejas de sus nacionales en Estados extranjeros³. Dicha teoría sin conducir al rompimiento, busca reducir a términos legales la conducta de los extranjeros y limitar las constantes molestias de las representaciones diplomáticas.

³ SANDRINO, GLORIA. "The NAFTA Investment Chapter and Foreign Direct Investment in México: A third World Perspective". Vanderbilt Law Journal. 1994. Pág. 265.

El artículo 27, acoge esta teoría en su fracción I, de la siguiente forma:

Sólo los mexicanos por nacimiento o por naturalización y las sociedades mexicanas tienen derecho para adquirir el dominio de las tierras, aguas y sus accesorios o para obtener concesiones de explotación de minas o aguas. **El estado podrá conceder el mismo derecho a los extranjeros, siempre que convengan ante la Secretaría de Relaciones en considerarse como nacionales respecto de dichos bienes en no invocar por lo mismo la protección de sus gobiernos por lo que se refiera a aquellos; bajo la pena en caso de faltar al convenio, de perder el beneficio de la nación los bienes que hubieren adquirido en virtud del mismo.**

La doctrina Calvo tiene una gran importancia y se estudia internacionalmente, dentro del rubro de responsabilidad internacional. Calvo sustenta su tesis de no intervención, en el postulado de que el intervencionismo no tiene sustento ético ni jurídico y en el principio non parem habetum, ya que los extranjeros no tenían por qué gozar del mismo derecho que los nacionales.⁴ Sandrino por su parte, señala que esta doctrina de trato nacional, es la respuesta frente al del trato mínimo conforme a criterios internacionales.⁵ La cláusula Calvo, como puede apreciarse, obliga al extranjero a no invocar la protección diplomática de su

⁴ Cfr. a GARCÍA MORENO, Víctor Carlos. "Doctrina Calvo" en Instituto de Investigaciones Jurídicas. Op. Cit. páginas 1195-1196.

gobierno sin antes agotar todos los recursos ordinarios y extraordinarios que ofrece el sistema jurídico del Estado residente⁵.

El artículo 28 de nuestra carta magna, junto con el artículo 25 de mismo ordenamiento, delimitan las esferas exclusivas del Estado. En las llamadas áreas estratégicas del desarrollo nacional únicamente el Estado podrá realizar actividades y brindar en su caso los servicios derivados de dichas áreas. Dichas áreas son los correos, telégrafos y radiografía, petróleo y demás hidrocarburos, petroquímica básica, minerales radioactivos, generación de energía nuclear electricidad. Por lo que hace a las áreas prioritarias, señala el precepto en estudio, el Estado podrá autorizar a discreción, la participación de los particulares, obliga al ejecutivo a dirigir la política exterior del país y a celebrar tratados internacionales, respetando los principios de no intervención y solución pacífica de controversias, entre las más importantes. Las áreas prioritarias son la electricidad y los ferrocarriles.

Resulta importante distinguir quiénes son extranjeros. Los artículos 30 y 33 constitucionales establecen los parámetros para saberlo. El primero señala quienes son mexicanos y el segundo define a los extranjeros, como aquellas personas que no reúnan los requisitos del artículo 30, es decir, que extranjeros

⁵ "The Latin American response to the international minimum standard was the doctrine of national treatment". SANDRINO, Gloria. The NAFTA Investment Chapter and Foreign Direct Investment in Mexico: A Third World perspective. Op. Cit.

⁶ GARCÍA MORENO, Víctor Carlos, "Doctrina Calvo" Op. Cit. páginas 1195-1196

son quienes no son nacionales mexicanos, entendiéndose por ello aquellos que nazcan en el territorio de la república mexicana, los que naciendo fuera del territorio nacional, son hijos de padre madre mexicanos y los que nazcan a bordo de embarcaciones o aeronaves mexicanas que sean de guerra o mercantes, así los que se naturalicen.

Asimismo y en segundo plano y para efectos de inversión, hay que atender lo dispuesto por el artículo 3 de la Ley de Inversión Extranjera, el cual equipara la inversión mexicana la que realicen los extranjeros con calidad de inmigrado, salvo la realizada en actividades contempladas en los títulos primero y segundo de la misma ley.

La calidad de inmigrado, se adquiere en virtud de lo dispuesto en el artículo 53 de la Ley General de Población, cuando el inmigrante haya tenido residencia legal en el país durante cinco años, haya cumplido con las disposiciones de dicha ley y que sus actividades hayan sido honestas y positivas para la comunidad.

El artículo 73 constitucional en su fracción XVI, señala las facultades del congreso para dictar entre otras leyes, las que atañen a la nacionalidad y condición jurídica de los extranjeros. La manera en que se ha ejercido esta facultad, es a través de la promulgación de las mencionadas, Ley General de Población y Ley de Inversión Extranjera.

La fracción XXXIX-F, del artículo en estudio, incide directamente en lo que atañe a la inversión extranjera, al señalar que el Congreso podrá expedir leyes tendientes a la promoción de la inversión mexicana, la regulación de la inversión extranjera, la transferencia de tecnología y la generación, difusión y aplicación de los conocimientos científicos y tecnológicos que requiera el desarrollo nacional. Es posible concluir que la inversión extranjera, debe ser regulada por una ley emanada del congreso.

Por otra parte, el artículo 89 de nuestra constitución política, faculta al ejecutivo a dirigir la política exterior del país y a celebrar tratados internacionales, respetando los principios de no intervención y solución pacífica de controversias, entre las más importantes, dentro de su fracción X. Esta disposición junto con la contenida en el artículo 133 constitucional, la cual establece que los tratados celebrados por el presidente y aprobados por el senado junto con la Constitución y las leyes federales son ley suprema de la nación, señalan la pauta para nuestro estudio, ya que la regulación de la inversión extranjera, vía Tratado es muy común en la actualidad, incrementándose a cada momento su importancia.

David Gantz señala que fueron los países europeos quienes originalmente concibieron la idea de los llamados Tratado Bilaterales de Inversión (TBI).⁷

"De 1959 a 1988 las naciones europeas lideradas por la República federal de Alemania, Suiza y el Reino Unido celebraron más de 250 tratados bilaterales de

inversión, de las cuales 30 son naciones de Latinoamérica y del Caribe incluyendo las antiguas colonias."⁸

La importancia de los tratados en tratándose de cuestiones económicas es enorme. Recuérdese en las dos principales fuentes del derecho internacional son las convenciones y la costumbre.⁹ Así, se dice que aquello no regido por el derecho convencional de manera específica, recae sobre la esfera de regulación consuetudinaria.

La Corte Permanente de Justicia Internacional, se pronunciaba de la siguiente forma:

"Un Estado que ha contraído válidamente obligaciones internacionales está obligado a introducir en su legislación las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de los compromisos adquiridos."¹⁰

Lo anterior parece ser recogido por la Convención de Viena sobre Tratados de 23 de mayo de 1969, cuyo artículo 26 referente al derecho interno y la observancia de los tratados a la letra establece:

⁷ Véase a GANTZ, D. "Resolución de Controversias en materia de Inversiones Extranjeras en el TLCAN." En WITKER, Jorge (coordinador), Resolución de controversias Comerciales en América del Norte. Instituto de Investigaciones Jurídicas, México 1994. Págs.151-166.

⁸ Ibidem Pág. 154.

⁹ Véase el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

¹⁰ Echange des populations grecques et turques, Serie B, no. 10, Pág. 20, citada por DIAZ, Luis Miguel, Globalización de las Inversiones Extranjeras, 1a edición. Ed. Themis, México 1989, Pág.16.

"Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado."

3.1.2 LEY DE INVERSIÓN EXTRANJERA¹¹

La Ley de Inversión Extranjera, es creada como consecuencia de una necesidad de mejores condiciones para la inversión extranjera en nuestro país, que la ofrecida por la ley anterior, es decir, la Ley para Promover la Inversión Extranjera Mexicana y Regular la Inversión Extranjera.

Son de estacarse los siguientes puntos:

1. La existencia de tres tipos de inversión: la mexicana, la extranjera la neutra¹².
2. Existen actividades reservadas al Estado mexicano conforme a lo previsto en los artículos 25 y 28 de la constitución.¹³
3. Existen actividades reservadas a sociedades mexicanas con cláusula de exclusión de exclusión para extranjeros.¹⁴
4. En términos generales se equipara la inversión de inmigrados a la inversión mexicana.¹⁵

¹¹ Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 27 de diciembre de 1993.

¹² Ver artículos 2, 6 y 18 de la Ley de Inversión Extranjera.

¹³ Ver artículo 5 de la Ley de Inversión Extranjera.

¹⁴ Ver artículo 6 de la Ley de Inversión Extranjera.

¹⁵ Ver artículo 3 de la Ley de Inversión Extranjera.

5. La utilización de fideicomisos como instrumento legal para adquirir el dominio sobre inmuebles ubicados dentro de la zona restringida.¹⁶
6. La permanencia de la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras creada con la ley anterior, como órgano a nivel ministerial encargado de la creación y aplicación de normas relacionadas con la inversión extranjera.¹⁷
7. El Registro Nacional de Inversiones Extranjeras.

3.1.3 REGLAMENTO DE LA LEY DE INVERSIÓN EXTRANJERA Y EL REGISTRO NACIONAL DE INVERSIONES EXTRANJERAS

El 8 de septiembre de 1998, se publicó en el Diario Oficial de la Federación el reglamento de la Ley de Inversión Extranjera.

Podemos observar que es un reglamento adecuado a la ley que reglamenta, a diferencia del reglamento de la ley anterior, que fue publicado dieciséis años después.

Del reglamento, puede destacarse lo siguiente:

1. Desaparece el Comité para la Promoción de la Inversión Extranjera.
2. Se definen los alcances de la petroquímica básica.

¹⁶ Ver artículos 10 al 14 de la Ley de Inversión Extranjera.

¹⁷ Ver artículos 2 y 23 de la Ley de Inversión Extranjera.

3. Cuando ocurra un cambio de razón social, la Secretaría de Relaciones Exteriores, requerirá el acta de asamblea de accionistas, motivo por el cual se acordó dicho cambio.
4. Dentro de los siguientes seis meses a la expedición, se deberá acreditar la Secretaría de Relaciones Exteriores el uso de permisos otorgados para la constitución de sociedades y cambio de razón social.
5. Autoriza a las sociedades para la emisión de acciones de serie neutra, con el permiso de la Secretaría de Economía, señalando los requisitos de la solicitud correspondiente.
6. Establece procedimientos para que los extranjeros adquieran inmuebles fuera de la zona restringida y para obtener concesiones para la explotación de aguas en territorio nacional, así como a las instituciones fiduciarias respecto de los fideicomisos cuyos objetos sean bienes inmuebles ubicados en la zona restringida.
7. Se incrementa las obligaciones para las instituciones fiduciarias, que administren fideicomisos con fines residenciales, donde los extranjeros o sociedades controladas por extranjeros participen como fideicomisarios. Entre las más importantes se encuentra la de presentar reportes anuales a la Dirección General de Inversiones Extranjeras, con relación al cumplimiento de los fines del fideicomiso.
8. Se incrementan los requisitos para que los extranjeros, sean personas físicas o morales, así como las sociedades mexicanas con capital extranjero puedan inscribirse y mantener actualizado el Registro Nacional de Inversiones Extranjeras. Entre los más importantes se encuentra el de

proporcionar información para determinar el valor de los ingresos y egresos derivados de nuevas aportaciones o retiro de éstas que no afecten el capital; la retención de utilidades del último ejercicio fiscal y disposición de utilidades retenidas, acumuladas o préstamos por pagar o cobrar a subsidiarias o a la matriz si residen en el extranjero, o a inversionistas extranjeros residentes fuera del país.

3.1.4 TRATADO DE LIBRE COMERCIO

El Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), fue promulgado por decreto en el Diario Oficial de la Federación, el 20 de diciembre de 1993, entrando en vigor en su primera etapa, el 1 de enero de 1994. Dentro de sus objetivos más importantes se encuentra el asegurar un marco previsible para la planeación de las actividades productivas y de la inversión así como crear nuevas oportunidades de empleo, mejorar las condiciones laborales y los niveles de la vida en los territorios de los países que lo celebran.¹⁸

Para efecto de nuestro estudio, nos limitaremos a discurrir sobre el capítulo XIX que sirve como marco legal de la inversión extranjera.

¹⁸ Preámbulo Tratado de Libre Comercio de América del Norte, Pág.1.

3.1.4.1 Definiciones

El Tratado de Libre Comercio de América del Norte en su artículo 1139 dispone que inversión significa:

I.- Una empresa;

II.- Acciones una empresa;

III.- Instrumentos de deuda de una empresa:

a) cuando la empresa es una filial del inversionista o

b) cuando la fecha del vencimiento original del instrumento de deuda sea por lo menos de tres años, pero no incluye una obligación de una empresa del Estado independientemente de la fecha original del vencimiento.

IV.- Un préstamo a una empresa

a) Cuando la empresa es una filial del inversionista, o

b) Cuando la fecha del vencimiento original del préstamo de deuda sea por lo menos de tres años, pero no incluye un préstamo a una empresa del Estado independientemente de la fecha original del vencimiento.

V.- Una participación en una empresa que le permita al propietario participar en los ingresos o en las utilidades de la empresa;

VI.- Una participación en una empresa que otorgue derecho al propietario para participar del haber social de esa empresa en una liquidación, siempre que este no derive de una obligación o un préstamo excluido conforme a los incisos c) o d).

VII.- Bienes raíces u otra propiedad, tangibles o intangible adquiridos o utilizados con el propósito de obtener un beneficio económico o para otros fines empresariales y

VIII.- La participación que resulte del capital u otros recursos destinados para el desarrollo de una actividad económica en territorio de otra Parte entre otros, conforme a:

a) contratos que involucran la presencia de la propiedad de un inversionista en territorio de otra Parte, incluidos las concesiones, los contratos de concesión o de llave en mano o,

b) contratos donde la remuneración depende sustancialmente de la producción, ingresos o ganancias de una empresa;

3.1.4.2 Principios

El tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), opera bajo ciertos principios hoy comunes a nivel internacional en los tratados comerciales. "La No Discriminación es el principio fundamental sobre el que descansan los demás, ya que tal principio engloba los de: la nación más favorecida (NMF), trato nacional (TN) y trato mínimo (TM). En términos generales, cada país TLCAN está obligado a otorgar un trato a la inversión proveniente de cualquiera de los otros países TLCAN de la misma manera."¹⁹

3.1.4.2.1 La nación más favorecida

El principio NMF²⁰, cada parte esta obligada a otorgar a las inversiones de otra de las partes, un trato no menos favorable que el que otorga a las inversiones de otra de las Partes o de cualquier Estado no parte.²¹

¹⁹ LÓPEZ GONZÁLEZ, Francisco. "El capítulo 11 del TLCAN y la posición tradicional de México respecto de la Inversión Extranjera" Op. Cit. Pág. 40

²⁰ Ver artículo 1103, TLCAN.

²¹ Yolanda Frías señala que "Es aquella que se incluye en tratados de carácter comercial, entre dos o más Estados, para que en el supuesto de conceder uno de los signatarios en uno o ulteriores convenios, beneficios mayores a otra *nación*, éstos queden automáticamente incorporados, en tal aspecto al tratado previo. También se consideran otorgada por esta cláusula, las franquicias o ventajas en vigor al firmarse el acuerdo. Por medio de esta disposición en tratados comerciales se extienden los beneficios arancelarios, convenidos por los firmantes, a todos los demás Estados que participen en el sistema recíproco. Así los arreglos de este tipo, extendidos a otros países, por cualquier signatario, se aplicarán en forma automática a las partes originales. Con esto se pretende evitar la discriminación, en materia comercial entre terceros Estados, ya que concede a todos tratamiento similar la inserción de esta cláusula significa que las partes no tratarán de establecer un arreglo bilateral preferente que cause discriminación contra otros asociados o "Cláusula de la Nación Más Favorecida" en Instituto de Investigaciones Jurídicas (comp) Diccionario Jurídico Mexicano supra nota 37 pp. 480-481 .

Deriva este principio de las disposiciones del GATT, que es un tratado eminentemente comercial, por lo que su uso en materia de inversiones resulta un tanto innovador.²²

En TLCAN, los artículos 103, 308 y 1406 entre otros, se refieren a este principio, que podemos considerar fundamental.

Con relación a los alcances del principio, es importante subrayar la existencia de potenciales conflictos con socios comerciales de nuestro país, como aquellos países latinoamericanos con los que se han suscrito convenciones sobre la materia. Sin embargo, la mayor preocupación surge respecto a los integrantes de la Asociación Latino Americana de Integración, ya que dentro del marco de esta asociación, algún país vinculado con el nuestro por la cláusula de la nación más favorecida", pudiese considerar algún derecho en su favor para exigirnos la transmisión gratuita e incondicional de los beneficios y favores otorgados al RLCAN a Estados Unidos y Canadá.²³

²² Cfr. a LÓPEZ GONZÁLEZ, Francisco. La evolución del Mecanismo de Solución de Controversias de Comercio Internacional: Del GATT a la OMC "Lex Difusión y Análisis", marzo 1997. 2

²³ CRUZ MIRAMONTES, Rodolfo. "El TLC: Controversias, soluciones y Otros Temas Conexos". Editorial Mc Graw Hill. México 1997. Pág. 104.

3.1.4.2.2 Trato Nacional

El principio de Trato Nacional establece que cada Parte deberá tratar la inversión extranjera en la manera en que trata a la inversión nacional²⁴. García Moreno y Silva Silva, argumentan que el trato nacional está enfocado "a los inversionistas en sí, en su calidad de personas (físicas o morales) y también, a las inversiones de éstos, siempre que se encuentren en circunstancias similares con los nacionales en lo que respecta al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de las inversiones."²⁵

3.1.4.2.3 Trato Mínimo

El principio de trato mínimo consiste en que una Parte otorgue a la inversión de otra Parte trato acorde con el derecho internacional, incluido trato justo y equitativo así como protección y seguridades plenas.²⁶

Es un punto destacado del tratado estudio, ya que se dice que rompe con la posición tradicional de México respecto del trato a la inversión extranjera y viene a

²⁴ Ver artículo 1102 del TLCAN.

²⁵ GARCÍA MORENO & SILVA SILVA "El arbitraje como medio de solución de controversias en materia de inversiones en el TLC." Tijuana Universidad Autónoma de Baja California, 1993

²⁶ Ver artículo 1105 TLCAN.

derogar o por lo menos a hacer letra muerta de la disposición constitucional que incorpora la Doctrina Calvo.²⁷

3.1.4.3 Transferencia de Fondos

Las transferencias de dinero constituyen un punto vital en una inversión. La regulación específica se encuentra en el artículo 1109, el cual señala que "a través de esta disposición el TLCAN garantiza que los inversionistas puedan obtener moneda extranjera a precios de mercado para realizar pagos asociados con sus Inversiones."²⁸

3.1.4.4 Expropiación y Compensación.

Este es otro de los temas más cuestionados y cuestionables respecto a la posición tradicional de nuestro país. Algunos autores consideran este rubro como el rompimiento fundamental con la posición mexicana largamente sostenida, desde 1938, a nivel internacional.²⁹ El debate ha sido referido en términos generales en el apañado referente a Antecedentes (supra 2.2) y hoy existe una disposición expresa (artículo 1110 TLCAN) en la convención bajo análisis que dispone:

²⁷ LÓPEZ GONZÁLEZ, Francisco. "El capítulo 11 del TLCAN y la posición tradicional de México respecto de la inversión Extranjera" Op. Cit. Pág. 40

²⁸ PRICE, Daniel. An Overview of NAFTA, Investment Chapter: Substantive Rules and Investor State Dispute Settlement. The International Lawyer, Fall 1993, Pág. 729.

²⁹ ibidem

"1. Ninguna de las Partes podrá nacionalizar ni expropiar directa o indirectamente, una inversión de un inversionista de otra Parte en su territorio, ni adoptar ninguna medida equivalente a la expropiación o nacionalización de esa inversión (expropiación) salvo que sea:

a) por causa de utilidad pública;

b) sobre bases no discriminatorias;

c) con apego al principio de legalidad y al Artículo 1105 (1) y d) mediante indemnización conforme a los párrafos 2 a 6.

2. La indemnización será equivalente al valor justo de mercado que tenga la inversión expropiada justo antes de que la medida expropiatoria se haya llevado a cabo (fecha de expropiación), y no reflejará ningún cambio con el valor debido a que la intención de expropiar se conoció con antelación a la fecha de expropiación. Los criterios de valuación incluirán el valor corriente, el valor del activo (incluyendo el valor fiscal declarado de los bienes tangibles), así como otros criterios que resulten apropiados para determinar el valor justo de mercado.

3. El pago de la indemnización se hará sin demora y se hará completamente liquidable."

3.1.5 LA CONVENCION DE LA ORGANIZACIÓN DE COOPERACION y DESARROLLO ECONOMICOS.

Se integra por los 24 países económicamente más poderosos del mundo, y aceptó a México en 1994 como su miembro número 25.³⁰ En efecto, la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico, cuyas siglas son OCDE, abrió sus puertas a México, por virtud de la suscripción de la Declaración del Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos sobre la Aceptación de sus Obligaciones como Miembro³¹ de la misma, llevada a cabo por el ex-presidente Carlos Salinas de Gortari.

Al respecto nos limitaremos a comentar, los alcances de dos de los documentos surgidos del seno de dicha organización, que son importantes para la inversión extranjera. Dichos documentos son: La Declaración sobre Inversión Internacional y Empresas Multinacionales de 21 de junio de 1976 y la Guía de la OCDE sobre Empresas Multinacionales de 1986.

Estos documentos no son tratados internacionales, sino manifestaciones cuyo peso recae dentro de lo que se denomina Soft law en el derecho internacional. En el Informe sobre la Revisión de la Guía correspondiente a 1979, se destaca que

³⁰ Hoy se integra por 34 miembros.

³¹ La declaración fue aprobada por la Cámara de Senadores el 10 de mayo de 1994. El decreto promulgatorio fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el 5 de julio de 1994.

para entender o conocer la naturaleza de la propia guía, habrá que tenerse en cuenta el sexto párrafo de la misma.³²

La Guía no es legalmente vinculatoria, pero tiene el peso de una recomendación hecha por los gobiernos de los países miembros, a las empresas trasnacionales y representa la firme expectativa del comportamiento de éstas. En otras palabras, si no puede ser infringida, inobservada o violada de manera legítima, aunque no pueda hacerse valer legalmente en un panel o tribunal.

Uno de los puntos más importantes respecto de la Guía era su susceptibilidad a convertirse en "Hard law." Si bien lo anterior en algún momento pudo creerse inalcanzable, las condiciones económicas actuales del mundo, han permitido la evolución de esta idea y hoy, se ha dado un gran paso en el camino de la regulación internacional de la inversión extranjera.

Auspiciado por la OCDE, se negocia el más ambicioso proyecto multilateral en esta materia, que es el Acuerdo Multilateral de Inversión.

El texto del proyecto que se negocia, contiene temas ya clásicos dentro de la materia como el trato nacional, trato de la nación más favorecida y requisitos de

³² The Guidelines set out below are recommendations jointly addressed by Member countries to multinational enterprises operating in their territories. These Guidelines, which take into account the problems which can arise because of the international structure of these enterprises, lay down standards for the activities of these enterprises in the different Member countries. Observance of the Guidelines is voluntary and not legally enforceable. However, they should help to ensure that the operations of these enterprises are in harmony with national policies of the countries where they operate and to strengthen the basis of mutual confidence between enterprises and States."

desempeño y también temas nuevos como la privatización y monopolios y/o Empresas de Estado.³³

Por su parte, Ivonne Stinson Ortiz quien fuera titular de la Sección Mexicana del Secretariado del TLCAN, asegura que bajo los auspicios de la organización en comento, "desde mayo de 1995 se viene negociando el Acuerdo Multilateral de Inversión (MAI), que pretende ser el marco para la inversión extranjera, con reglas claras y uniformes y estableciendo un mecanismo efectivo de solución de conflictos que surjan de los aumentos en los flujos de inversión.

Su propósito es facilitar la internacionalización del flujo de capitales, de la tecnología y de la transmisión de la experiencia administrativa, aspectos que benefician tanto al país que invierte como al país receptor de la inversión. El MAI se integra de un conjunto de reglas que facilitan el acceso al mercado, otorgan, seguridad jurídica a los inversionistas y hacen a los países receptores más atractivos a la inversión al desaparecer restricciones. El proceso de acceso al acuerdo estará abierto a partir de abril de 1998, tanto para los países miembros de la OCDE, como para los no miembros, pues ésta no posee poder legal o supranacional (sic). Los países que conforman ala OCDE representan la principal fuente de flujos de inversión extranjera directa, cerca del ochenta y cinco por ciento y en captación de este tipo de inversión registran el sesenta y cinco por ciento

³³ Ver <http://www.essential.org/monitor/mai/two.html>

La OCDE es el 'laboratorio de comercio internacional', un foro para revisar, recopilar información y analizar temas de gran impacto en la política económica y social de los países integrantes. Por lo anterior, el acuerdo es decir el MAI pasaría a ser la referencia obligada, cuando inicien en materia de inversión en la Organización Mundial del Comercio (OMC), que ampliarían el Acuerdo General sobre Comercio de Servicios (GATS) y el Acuerdo Sobre Medidas de Inversión Relativas al Comercio (TRIMS).³⁴

3.2. FUNDAMENTOS DE LA LEGISLACIÓN MEXICANA EN MATERIA ALIANZA ESTRATÉGICA O JOINT VENTURE

En este apartado se estudiarán algunas disposiciones legales que deberán de tomarse en cuenta y que son de importancia cuando se celebra un contrato de alianza estratégica o joint venture y que posibilitan o limitan la inversión extranjera.

Considero que independientemente de la materia, existen algunas leyes que deben tomarse en consideración antes de la celebración del contrato alianza estratégica, para evitar conflictos. De esta forma podemos observar la regulación que hace nuestro derecho a una figura totalmente ajena, así como los problemas que puede presentar dicha regulación.

³⁴ STINSON ORTIZ, Ivonne. "Acuerdo Multilateral de Inversión" en El financiero del miércoles 24 de diciembre de 1997. Pág.25

La relación con diversas leyes no es una característica particular de este contrato, sino en general de cualquier acto jurídico, sin embargo el contrato en estudio presenta un problema en principio debido a su atipicidad.

Los contratos atípicos plantean dos problemas fundamentales. El primero consiste en dilucidar los límites dentro de los cuales el contrato es admisible y puede considerarse válido y eficaz, por lo que goza de la protección del ordenamiento jurídico. El segundo consiste en determinar, cuál es la regulación a la que tales contratos deben estar sometidos y por consiguientes, puntualizar la manera como deben ser interpretados y como deben ser integradas sus lagunas o sus deficiencias.

Como consecuencia de la libertad contractual, nuestro derecho reconoce la celebración de contratos atípicos, sin embargo esta libertad está limitada por el interés público y las leyes prohibitivas³⁵. Por otro lado hay que recordar que estos contratos se rigen por las reglas generales de los contratos y aquellas con las que tenga más analogía, es decir, existe la posibilidad de aplicar las normas generales de del derecho mexicano.

³⁵ Ver Artículo 8 del Código Civil Federal.

3.2.1 NORMATIVIDAD EN MATERIA DE SOCIEDADES

Si como consecuencia de una alianza estratégica, decidimos constituir una sociedad, es necesario contemplar que para constituir una sociedad se requiere como mínimo lo siguiente:

- Permiso de la Secretaría de Relaciones Exteriores para el uso de la denominación social de la sociedad.³⁶
- Cumplir con los requisitos establecidos en la LGSM como son entre ellos otros³⁷, lo relativo a determinado número de socios, capital mínimo, porcentajes de capital exhibido, etcétera.
- Asimismo, hay que recordar que los estatutos de la sociedad deben protocolizarse, bien sea por los socios fundadores o por sus representantes legales, ante Notario o Corredor Público.³⁸ Los representantes deben obtener un poder notarial para presentarse a constituir una sociedad. Dichos poderes deberán ser protocolizados ante el Secretario de Estado y posteriormente el Cónsul mexicano, o apostillarse³⁹, si el socio es de nacionalidad de algún país miembro de

³⁶ Ver artículo 15 de la ley de Inversión Extranjera.

³⁷ Ver por ejemplo los artículos 61, 62, 89, y 208 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

³⁸ Ver el artículo 5, y 90 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

³⁹ La apostilla es una certificación y sello, establecida por la Convención de La Haya de 1961, por cual se suprime el requisito de legalización de los Documentos Públicos Extranjeros. Como su

la convención por la que se suprime el Requisito de Legalización de los Documentos Públicos Extranjeros.

- Notificación o Autorización de la Comisión Federal de Competencia, en caso de que con motivo de la alianza estratégica, pudiese considerarse que existe una concentración, en los términos de Ley Federal de Competencia Económica⁴⁰.
- En determinadas áreas, resolución favorable de la Comisión Nacional de Inversión Extranjera si en la sociedad fueran a invertir parcial o totalmente individuos o empresas extranjeras.⁴¹

La escritura constitutiva de la sociedad deberá cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 6 de la LGSM, (Los cuales se incrementan en el caso de la sociedad anónima), señalando claramente, el objeto de la sociedad, duración, domicilio, nombramiento de administradores principalmente⁴².

Constituida la sociedad, podrían ser necesarios otros registros: en el Registro Público de Comercio correspondiente al domicilio de la sociedad;⁴³ en el Registro

nombre los indica esta convención termina con el requisito de legalización diplomática o consular de documentos públicos de un país que deban ser utilizados en otro. Así, los documentos públicos, tales como documentos administrativos, judiciales, notariales, expedidos en un país miembro de esta convención deberá ser reconocidos por los otros países miembros, tanto autoridades federales como locales, de dicha convención sin requerir legalización adicional. La apostilla debe anexarse al documento, en esta convención se establece el formato que dicha apostilla debe seguir.

⁴⁰ Ver artículo 20 de la Ley Federal de Competencia Económica.

⁴¹ Ver los artículos 8 y 9 de la Ley de Inversión Extranjera.

⁴² Ver artículo 92 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

⁴³ Ver artículo 2 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Federal de Contribuyentes⁴⁴ y, en caso de que exista inversión extranjera debe inscribirse en el Registro Nacional de Inversiones Extranjeras⁴⁵. Después del inicio de operaciones, la sociedad y sus empleados deben obtener su registro ante el Instituto Mexicano del Seguro Social y según la actividad que vaya a desarrollar podría ser conveniente afiliarse a la Cámara de Comercio o de Industria que le corresponda ;la afiliación a estas cámaras le permitirá tener acceso a información, promover actividades de la empresa defender sus intereses⁴⁶.

La regulación societaria presenta rasgos de gran flexibilidad, en la legislación mexicana, al establecer requisitos mínimos para la constitución y funcionamiento de las sociedades. Sin embargo, es importante que los inversionistas conozcan estos requisitos, ya que pueden ser factores determinantes para decidir la conformación de la alianza estratégica, bajo la modalidad de un joint venture corporation o un contractual joint venture o para iniciar los trámites con cierta anticipación o para invertir en el caso de los socios extranjeros, en este país o en algún otro.

Además de las disposiciones antes mencionadas en relación con los requisitos de constitución de una sociedad, en esta materia existen disposiciones importantes relativas al aspecto estructural de la sociedad.

⁴⁴ Ver artículo 27 del Código Fiscal de la Federación.

⁴⁵ Ver artículo 32 de la Ley de Inversión Extranjera.

⁴⁶ Ver la Ley de Cámaras Empresariales y sus Confederaciones, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 20 de diciembre de 1996.

Sólo queda agregar que en caso de que se decidiera constituir una sociedad, considero que la más conveniente es la sociedad anónima pues esta última es, hoy por hoy una de las estructuras más flexibles. La considero incluso más recomendable que la sociedad de responsabilidad limitada pues a diferencia de esta última, la sociedad anónima no restringe las operaciones de transferencia de la propiedad de las acciones.

3.2.2 NORMATIVIDAD EN MATERIA DE PROPIEDAD INDUSTRIAL

Es muy probable que al constituir la alianza estratégica, sea necesario otorgar licencias de marcas, patentes, secretos industriales, tecnología, nombres comerciales entre otros, en este caso hay que acudir a la Ley de Propiedad Industrial.

La Ley de Propiedad Industrial permite que quienes guarden un secreto industrial puedan transmitirlo o permitan su uso por terceras personas. Las personas a quienes se lo transmitan, tienen la obligación de no divulgar el secreto industrial por medio alguno, pues la transmisión o autorización no implica un permiso para a su vez transmitirlo a otra persona sin consentimiento del propietario original.⁴⁷ Esto tiene que aclararse en el contrato de alianza estratégica a través de cláusulas de confidencialidad. Hoy en día, la apropiación o el uso indebido de

⁴⁷ Ver artículo 84 de la Ley de Propiedad Industrial.

secretos industriales tiene sanciones muy altas.⁴⁸ De ahí la necesidad de que los acuerdos en esta materia sean muy claros.

Asimismo, dicha ley permite transmitir los derechos que confiere una patente o una marca en los términos y con las formalidades que establece la legislación común. Si bien, la transmisión de los derechos derivados de las marcas o de las patentes debe establecerse en el contrato de alianza estratégica o joint venture, es necesario prever la obligación de celebrar el contrato de licencia respectivo. La licencia de explotación en el caso de la patente, o de uso en caso de la marca, deberá ser inscrita en el Registro Público del Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial para que produzca efectos frente a terceros.

El acuerdo de licencia de uso de marcas debe considerar utilizar lenguaje suficientemente amplio para poder abarcar no sólo los derechos de propiedad industrial de los cuales la sociedad parte del contrato sea dueña, sino también los derechos de propiedad industrial sobre los cuales la sociedad tenga licencia de uso.

Es muy frecuente que surjan problemas respecto a los términos de la transferencia de la propiedad industrial, como resultado de la alianza estratégica. Para evitarlos, es importante determinar claramente al conformar la alianza estratégica, lo siguiente:

⁴⁸ Ver artículo 223 de la Ley de Propiedad Industrial.

a) Régimen legal de la tecnología que se está transmitiendo. Es decir, hay que aclarar si se está transmitiendo la propiedad o no y en su caso, las limitaciones con las que se transfiera dicha tecnología.

b) Utilización de la tecnología que se está transmitiendo, es decir, limitarla a la realización del objeto la alianza estratégica.

c) También es necesario aclarar, qué va a suceder con la tecnología en caso de que se disuelva la sociedad resultado del joint venture (si la hubiera).

d) Obligación de confidencialidad, esto es especialmente importante respecto a los secretos industriales.

e) Régimen legal de los secretos industriales con el fin de precisarse el tipo de información recibida en calidad de secreto industrial podrá o no ser utilizada después de terminada la alianza estratégica. El compartir con alguien un secreto industrial hace que se transmitan dichos conocimientos. Es conveniente aclarar la suerte de dichos conocimientos al terminar la vigencia del joint venture.

f) Asimismo, es conveniente establecer las definiciones más importantes relacionadas con esta materia como las de:

información confidencial, propiedad industrial, know how, territorio y asistencia técnica.

Lo relativo a otros conceptos más detallados como son formas de proporcionar la asistencia técnica, pagos, plazos, capacitación, etcétera, deben detallarse en el contrato de transferencia de tecnología o de licencia de marcas que se celebre con posterioridad.

Se recomienda también utilizar alguna frase por virtud de la cual las partes reconozcan la validez de los derechos de propiedad industrial del licenciante, y convengan no disputar la misma.

Cabe recordar que la Ley de Propiedad Industrial, en su artículo 144, establece que cuando se dé la fusión de personas morales se entenderá que existe una transmisión de los derechos sobre marcas registradas, salvo estipulación en contrario. Si bien, una alianza estratégica no es una fusión, lo más conveniente es evitar malos entendidos y establecer un clausulado suficientemente claro.

**ESTA TESIS NO SALE
DE LA BIBLIOTECA**

3.2.3 NORMATIVIDAD EN MATERIA DE COMPETENCIA ECONÓMICA

El marco que regula la política de competencia en nuestro país es la Ley Federal de Competencia Económica⁴⁹. Este ordenamiento es reglamentario del artículo 28 constitucional y abrogó a la Ley Orgánica del Artículo 28 Constitucional en Materia de Monopolios de 1934, la Ley Sobre Atribuciones del Ejecutivo Federal en Materia Económica de 1950, la Ley de Industrias de Transformación de 1941 y la Ley de Asociaciones de Productores para la Distribución y Venta de sus Productos de 1937. Es imprescindible tomar en cuenta las disposiciones de la Ley Federal de Competencia Económica al momento de celebrar el contrato de alianza estratégica o joint venture.

El primer problema que se nos presenta al momento de decidir la celebración del una alianza estratégica, es la posibilidad de que dicha alianza estratégica, sea considerada una concentración. El artículo 16 de la Ley Federal de Competencia Económica, define a las concentraciones como: "la fusión, adquisición del control o cualquier acto por virtud del cual se concentren sociedades, asociaciones, acciones, partes sociales, fideicomisos, o activos en general que se realice entre competidores, proveedores, clientes, o cuales quiera otros agentes económicos". Asimismo el artículo 20 de esta misma ley, establece los umbrales por los que las concentraciones deben notificarse a la Comisión Federal de Competencia. El

⁴⁹ Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 24 de diciembre de 1992.

problema surge cuando algunas alianzas, actualizan los supuestos del artículo 20 referido, y resultan nulificados por la Comisión.⁵⁰

Este aspecto, frecuentemente ignorado debe resolverse con anticipación. La Comisión Federal de Competencia (CFC), no resuelve siempre rápidamente; y lo novedoso de la materia da lugar a sorpresas inesperadas.

La notificación antes mencionada es de suma importancia porque la CFC está facultada para impugnar y sancionar aquellas concentraciones cuyo objeto o efecto sea disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia respecto de bienes o servicios iguales, similares o sustancialmente relacionados. Cabe aclarar que la CFC ha procurado adaptar sus resoluciones a las circunstancias actuales de la economía, y está consciente de que en ocasiones las asociaciones constituyen mecanismos útiles para salir de situaciones críticas. En consecuencia, solo objeta aquellas concentraciones cuyos efectos son claramente anticompetitivos.

⁵⁰ "Art. 20. Las siguientes concentraciones, antes de realizarse, deberán ser notificadas a la Comisión:

- I. Si la transacción importa, en un acto o sucesión de actos, un monto superior al equivalente a 12 millones de veces el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal.
- II. Si la transacción implica, en un acto o sucesión de actos, la acumulación del 35 por ciento o más de los activos o acciones de un agente económico cuyos activos o ventas importen más del equivalente a 12 millones de veces el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal.
- III. Si en la transacción participan, dos o más agentes económicos cuyos activos o volumen anual de ventas, conjunta o separadamente, sumen más de 48 millones de veces el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal, y dicha transacción implique una acumulación adicional de activos o capital social superior al equivalente a cuatro millones ochocientos mil veces el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal. (...)

La posible ilicitud de las alianzas estratégicas, realizadas entre empresas competidoras o potencialmente competidoras, es común bajo las distintas legislaciones antimonopólicas o de defensa de la competencia. Asimismo, como muchos de los conceptos de la Ley Federal de Competencia Económica provienen de los EUA y otros países, no le son ajenos al inversionista extranjero. Por otro lado, es muy importante recordar que la aplicación de la Ley Federal de Competencia Económica no se circunscribe a actos ocurridos en territorio nacional, sino que es extensiva a todos los hechos que tengan un impacto en México⁵¹.

El segundo problema lo encontramos al momento de redactar algunas cláusulas del contrato. Hay que recordar que el artículo 8 de la Ley Federal de Competencia Económica prohíbe las prácticas que en los términos de esta ley, "disminuyan, dañen o impidan la competencia y la libre concurrencia en la producción, procesamiento, distribución y comercialización de bienes o servicios". Respecto a dichas prácticas, la ley distingue entre prácticas monopólicas absolutas y prácticas monopólicas relativas.

Las practicas absolutas se refieren a arreglos entre competidores para dividirse el mercado o fijar precios. Estas prácticas raras veces pueden tener justificación en términos de eficiencia económica, en consecuencia, son ilegales siempre y no

⁵¹ A esto se le conoce como la doctrina de los efectos. Véase GARNER, Bryan (Editor) Black's Law Dictionary, 7ª edición, Estados Unidos de América, West Group, 1999, pág 58.

producen efectos jurídicos.⁵² En cuanto a las practicas monopólicas relativas,⁵³ no se refieren a actos que sean ilegales en si mismos, sino que deben de ocurrir otras situaciones para que se consideren violatorias de la de la Ley Federal de Competencia Económica como son: (i) tener poder sustancial en el mercado

⁵² El artículo 9 de la Ley Federal de Competencia Económica establece: "Son prácticas monopólicas absolutas los contratos, convenios, arreglos o combinaciones entre agentes económicos competidores entre sí cuyo objeto o efecto sea cualquiera de los siguientes:

- I. Fijar, elevar, concertar o manipular el precio de venta o compra de bienes o servicios al que son ofrecidos o demandados en los mercados, o intercambiar información con el mismo objeto o efecto;
- II. Establecer la obligación de no cumplir, procesar, distribuir o comercializar sino solamente una cantidad restringida o limitada de bienes o la prestación de un número, volumen o frecuencia restringidos o limitados de servicios;
- III. Dividir, distribuir, asignar o imponer porciones o segmentos de un mercado actual o potencial de bienes y servicios, mediante clientela, proveedores, tiempos o espacios determinados o determinables; o
- IV. Establecer concertar o coordinar posturas o la abstención en las licitaciones, concursos, subastas o almonedas publicas".

V.

⁵³ El artículo 10 de la Ley Federal de Competencia Económica establece que "...se considera prácticas monopólicas relativas los actos, contratos, convenios o combinaciones cuyo objeto o efecto sea o pueda ser desplazar indebidamente a otros agentes del mercado, impedirles sustancialmente su acceso o establecer ventajas exclusivas a favor de una o varias personas, en los siguientes casos:

- I. Entre agentes económicas que no sean competidores entre sí, la fijación, imposición o establecimiento de la distribución exclusiva de bienes o servicios, por razón de sujeto, situación geográfica o por periodos de tiempo determinados, incluidas la división, distribución o asignación de clientes o proveedores; así como la imposición de la obligación de no fabricar o distribuir bienes o prestar servicios por un tiempo determinado o determinables;
- II. La imposición del precio o demás condiciones que un distribuidor o proveedor debe observar al expendir o distribuir bienes o prestar servicios;
- III: La venta o transacción condicionada a comprar, adquirir, vender o proporcionar otro bien o servicio adicional, normalmente distinto o distinguible, o sobre bases de reciprocidad;
- IV. La venta o transacción sujeta a la condición de no usar o adquirir, vender o proporcionar los bienes o servicios producidos, procesados, distribuidos o comercializados por un tercero;
- V. La acción unilateral consistente en rehusarse a vender o proporcionar a personas determinados bienes o servicios disponibles y normalmente ofrecidos a terceros;
- VI. La concertación entre varios agentes económicos o la invitación a éstos, para ejercer presión contra algún cliente o proveedor, con el propósito de disuadirlo e una determinada conducta, aplicar represalias u obligarlo a actuar en un sentido determinado; o
- VII. En general, todo acto que indebidamente dañe o impida el proceso de competencia y libre concurrencia en la producción, procesamiento, distribución y comercialización de bienes o servicios."

relevante⁵⁴ y, (ii) que se realicen respecto de bienes o servicios que correspondan al mercado relevante.⁵⁵

De acuerdo a lo anterior, existen cláusulas que puedan llegar a generar problemas debido a que por ellas mismas constituyen prácticas monopólicas relativas. Así algunas cláusulas del contrato pueden contravenir el artículo 10-I de la Ley Federal de Competencia Económica, pues en las cláusulas de no-competencia puede establecerse la obligación de no fabricar o distribuir bienes o prestar servicios por un tiempo determinado. También podría violar dicho artículo en cuanto a que este convenio pueda tener como consecuencia el establecer ventajas exclusivas a favor de la empresa.

⁵⁴ El artículo 13 de la Ley Federal de Competencia Económica establece: "Para determinar si un agente económico tiene poder sustancial en el mercado relevante, deberá considerarse:

- I. Su participación en dicho mercado y si puede fijar precios unilateralmente o restringir el abasto en el mercado relevante sin que los agentes competidores puedan, actual o potencialmente, contrarrestar dicho poder;
- II. La existencia de barreras a la entrada y los elementos que previsiblemente puedan alterar tanto dichas barreras como la oferta de otros competidores;
- III. La existencia y poder de sus competidos;
- IV. Las posibilidades de acceso del agente económico y sus competidores a fuentes de insumos;
- V. Su comportamiento reciente; y
- VI. Los demás criterios que se establezcan en el reglamento de esta ley."

⁵⁵ Al respecto, el artículo 12 establece: "Para la determinación del mercado relevante, deberán considerarse los siguientes criterios:

- I. Las posibilidades de sustituir el bien o servicio de que se trate por otros, tanto de origen nacional como extranjero, considerando las posibilidades tecnológicas, en qué medida los consumidores cuentan con sustitutos y el tiempo requerido para tal situación;
- II. Los costos de distribución del bien mismo; de sus insumos relevantes; de sus complementos y de sustitutos desde otras regiones y del extranjero, teniendo en cuentas fletes, seguros, aranceles y restricciones no arancelarias, las restricciones impuestas por los agentes económicos o por sus asociaciones y el tiempo requerido para abastecer el mercado desde esas regiones;
- III. Los costos y las probabilidades que tienen los usuarios o consumidores para acudir a otros mercados;

La Comisión Federal de Competencia, en su Segundo Reporte Anual (1994-1995) establece que para la determinación de las prácticas monopólicas relativas, a diferencia de las absolutas, se requiere de un análisis cuidadoso de las circunstancias en que se gestan y de sus efectos en la competencia y libre concurrencia.

De acuerdo a lo anterior, antes de redactar las cláusulas de no-competencia o las de exclusividad es necesario considerar lo siguiente:

- Si dichas cláusulas pueden tener como efecto el desplazamiento de otros agentes del mercado. Ello incluye la imposibilidad de acceder al mercado en las condiciones accesibles a otros agentes.
- Si las prácticas que establecen tienen un efecto positivo sobre la eficiencia económica. Esto es importante porque la CFC, analiza las ventajas que traería en el ámbito de eficiencia la asociación de los agentes económicos, antes de determinar si la concentración debe ser impugnada o no.
- Se realizan en el mercado relevante y las partes en el contrato tienen poder sustancial en dicho mercado relevante. Al respecto, y de

IV. Las restricciones normativas de carácter federal, local o internacional que limiten el acceso de usuarios o consumidores a fuentes de abasto alternativas, o el acceso de los

acuerdo a lo establecido en su segundo reporte anual, al determinar el poder de mercado de los agentes económicos investigados, la Comisión también toma en cuenta las empresas extranjeras que directa o indirectamente participan en el mercado mexicano o que representan una competencia potencial para los productores nacionales. Pues una empresa con tamaño considerable para el mercado nacional, no tiene capacidad para manipularlo cuando compite con compañías mucho más grandes con presencia significativa en el mercado global.

En el caso de que se incurra en alguno de estas prácticas, la Comisión Federal de Competencia está facultada para ordenar la suspensión, corrección o supresión de la práctica, lo cual tendría como consecuencia la invalidez de dichas cláusulas.

Asimismo, en el caso de una concentración la Comisión puede establecer sanciones y/o (i) sujetar la realización de dicha concentración al cumplimiento de determinadas condiciones; (ii) ordenar la desconcentración parcial o total de lo que se hubiera concentrado indebidamente, la terminación del contrato o la supresión de los actos según corresponda.

CAPÍTULO 4

VEHÍCULOS MÁS COMUNES DE LAS ALIANZAS ESTRATÉGICAS EN EL DERECHO MEXICANO

4.1 ALIANZAS ESTRATÉGICAS E INVERSIÓN EXTRANJERA.

Como se pudo apreciar en el capítulo uno, las expresiones alianza estratégica y joint venture, se utilizan como sinónimos, que se relacionan con una sociedad, con un contrato o con un convenio, celebrado entre dos o más personas que de otro modo serían independientes entre sí. También se indicó, que alrededor de este concepto se asocia la idea de cooperación entre dos o más personas, generalmente empresas o empresarios, los cuales están unidos en un fin común, generalmente comercial, financiero o tecnológico.

A diferencia de la relación que existe entre una empresa matriz y una subsidiaria, en donde la primera influye de modo dominante sobre la segunda, en la alianza estratégica normalmente la empresa mayoritaria, comparte el control del negocio, tratando como asociado a la empresa o empresario con menor participación. Sin embargo, puede darse el caso de que una empresa domine el negocio, sobre todo cuando posee más del cincuenta por ciento del capital social en una alianza llamada joint venture corporation, o ha contribuido con una participación mayoritaria en el caso de que haya sido realizada mediante un contractual joint venture. En estos casos, la empresa producto de la alianza estratégica, puede ser tratada como subsidiaria, para fines contables.

La naturaleza del control, la proporcionalidad de las contribuciones de los participantes, la participación en las pérdidas y ganancias, la forma legal adquirida, la relación legal con los integrantes y las condiciones de disolución, en una empresa producto de una alianza estratégica, son consideraciones que permiten determinar a una empresa la celebración de este tipo de contratos. Es conveniente aclarar que la alianza, por sí misma será sujeto de la regulación jurídica aplicable en materia de competencia.

Como se indicó anteriormente, la alianza estratégica puede adquirir forma legal mediante un contrato, que puede permanecer y funcionar como tal, o dar origen a personas morales, principalmente a sociedades anónimas o de responsabilidad limitada. Muchilinsky, señala que en alguno sistemas legales, tales como en Inglaterra y Gales, dichas figuras permiten una amplia libertad de acción. Sin embargo, dicho autor también señala que en algunos Estados, como los socialistas, la inversión extranjera directa, solamente ha sido permitida, a través una alianza estratégica celebrada entre una empresa foránea y un participante del Estado receptor, de acuerdo a la ley local que sobre la participación del capital foráneo en las alianzas estratégicas. Estas leyes son cada vez menos comunes, ya que la entrada de inversión extranjera ha llegado a generalizarse o globalizarse.¹

¹ MUCHILINSKI, Peter. Multinational Enterprises and the Law : Black and Well Publishers Ltd, Oxford 1995. Primera Edición pág. 73.

La celebración de una alianza estratégica internacional entre empresas de dos o más países es común. Algunas de ellas han adquirido tal integración, que es difícil distinguir entre cada uno de sus participantes. Sin embargo, muchas no se han consolidado por motivos políticos. Podemos encontrar ejemplos de alianzas estratégicas en diversas industrias como en la del acero, la electricidad, aeronáutica y la farmacéutica, por nombrar a unas cuantas.²

4.2 EL CONTRATO DE COINVERSIÓN

Con antelación a la creación a cualquier tipo de alianza y en particular la conocida como joint venture corporation, se celebra un convenio de preorganización, a veces denominado contrato de coinversión o contrato maestro. Este contrato contiene el acuerdo de las partes para emprender un proyecto común y señala sus objetivos y procedimientos fundamentales. El convenio sirve también como parámetro para las negociaciones que han realizado las partes.

El contrato previo debe establecer claramente los principales objetivos de la empresa que se creará con motivo del contrato, los arreglos particulares respecto de la propiedad, el control, la estructura del capital corporativo, las aportaciones iniciales y subsecuentes, la forma de pago y avalúo de las acciones, la distribución y clasificación de las acciones, la transmisión de las acciones, la repartición de los derechos y de las obligaciones que se relacionan con el control y la administración

² Id.

de la sociedad, los procedimientos y requisitos de las votaciones, los derechos de veto, responsabilidades de las partes respecto de la constitución de la sociedad, la distribución de gastos, aspectos financieros, relaciones contractuales subsecuentes (convenios de arrendamiento, compraventa, licencias de tecnología, distribución y mercadeo principalmente), procedimientos de disolución y liquidación de la sociedad, así como los procedimientos para dirimir conflictos. Cabe mencionar, que en nuestro país, los vehículos más comunes de una alianza del tipo de los joint venture corporation, suelen ser la sociedad anónima y la sociedad de responsabilidad limitada.

4.3 LA SOCIEDAD ANÓNIMA COMO VEHÍCULO DE UNA ALIANZA ESTRATÉGICA

Cuando de una alianza estratégica se conforma una sociedad anónima, se requieren en esencia las mismas formalidades que en cualquier caso. Sin embargo, para establecer la denominación social, en el caso de empresas con matrices extranjeras, se deberá otorgar una licencia para explotar la denominación, nombre comercial, o variaciones de éstos. Estos arreglos deben protegerse dentro de los estatutos corporativos y en un convenio separado de licencia.

Asimismo, y en virtud de que a pesar de ser una sociedad anónima, se trata de una empresa donde la calidad personal tiene particular importancia, suelen observarse las características que se describen en los siguiente párrafos.

4.3.1. CONSTITUCIÓN

Aunque no siempre es necesario crear una sociedad comercial para ejecutar o realizar los objetivos contractuales de una alianza estratégica, cuando el tipo de actividad o el volumen de la operación, o incluso la exigencia del orden público del país anfitrión, lo exijan, será necesario crearla. En este caso en contrato maestro no puede dejar de tratar en diversas cláusulas, los siguientes puntos:

- a) Debe obligar a los contratantes a crear la sociedad, lo cual suele ser conforme a un carácter determinado que permita la alianza y su operación.
- b) Deberá establecerse de antemano la razón social.
- c) Deberán señalarse los lineamientos de constitución.
- d) Deberá señalarse el domicilio.
- e) Deberá señalarse en qué porcentajes se dividirá el capital social.
- f) Los sujetos, la cláusula de intención y
- g) El objeto³.

4.3.1.1 SUJETOS

Este requisito tiene una relevancia especial en instrumentos internacionales, especialmente cuando los participantes de una alianza estratégica es una

³ GINEBRA SERRABOU, Xavier. Op. Cit. Pág. 27.

persona jurídica, a la cual es necesario identificar, señalando su sede, lugar de constitución y las personas que actúan por ellas, en razón de las reglas de conflicto de leyes sobre la nacionalidad de las sociedades y de la ley aplicable a las personas jurídicas, así como la referencia del órgano directivo, para evitar que se propicie una acción *ultra vires*, o sea violación con los poderes de los administradores⁴.

Es recomendable que en la suscripción del contrato, las partes estén debidamente autenticadas y que suscriban los estatutos sociales, a efecto de mantener la unidad de criterios y propósitos de las partes.

Al momento de la suscripción, los signatarios deben estar debidamente facultados para obligar y comprometer a sus mandantes, lo que significa que las partes deben tener, en su derecho nacional, la posibilidad de operar a través de una alianza estratégica.

Asimismo, es conveniente señalar los motivos o metas que persiguen los suscriptores, a través de la celebración del contrato, sobre todo si la alianza estratégica se celebra entre empresas de dos sistemas jurídicos distintos.

⁴ LE PERA, Sergio, Voto acumulativo, El sistema de elección de directores, síndicos e integrantes del consejo de vigilancia en la Ley de Sociedades Comerciales, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1973, p. 70.

4.3.1.2 EL OBJETO

El objeto es el requisito esencial del contrato, es la cosa, acción o servicio determinado, es el punto hacia el cual se encaminan las partes. En el caso de formación de una sociedad, es la precisión o actividad del negocio.

La clara determinación de los objetivos permitirá decidir el futuro de una operación si ocurriera algún conflicto. Permite, también, distinguir claramente los objetivos de los participantes de aquellos que corresponden exactamente a la entidad común, y los que podrían ser autónomos. Debe observarse la calidad extraterritorial de las disposiciones legales que reglamentan el objeto, para actuar en consecuencia.

A veces ocurre que el objetivo o determinación del objeto contractual contiene párrafos que aumenten el alcance de la operación y que obligan no sólo a las partes que lo suscriben, sino también aquellos que controlan la gestión o sociedades que derivan en ser controladas por la acción contractual, al menos en algunos aspectos, como exclusividad, confidencialidad y producción⁵.

4.3.2 ASPECTOS RELATIVOS AL CAPITAL SOCIAL

En las alianzas estratégicas suele haber estabilidad en el poder. Lo anterior se debe en gran parte, a la adopción de las siguientes fórmulas: la participación

⁵ GINEBRA SERRABOU, Xavier. Op. Cit. Pág. 25.

igualitaria y la participación mayoritaria. Por el contrario, la participación minoritaria, exigen mecanismos propios.

4.3.2.1 LA PARTICIPACIÓN MAYORITARIA

El control de la sociedad, no depende necesariamente de la participación mayoritaria, ya que con frecuencia el motivo para la celebración de una alianza estratégica, suele ser la posesión de tecnología, los canales de distribución, el uso o disposición de una marca y/o el equipo humano que hará efectivas las operaciones.

En ocasiones, para tener el control de la sociedad producto de la alianza estratégica, basta únicamente con una gerencia adecuada. Esta puede ser la gerencia financiera y en otras, sobre todo cuando la aportación es un know-how, la gerencia de producción o la gerencia comercial.

Es recomendable precisar en el contrato maestro, los mecanismos de control interno y el externo. El control interno es aquel que se obtiene a través de la mayoría de socios de una compañía. Es el más conocido de los procesos en el que puedan entrar en juego las acciones que no tengan derecho a voto y que indirectamente favorecen a aquellos que sí lo tienen.

No es usual la participación de terceros en una alianza estratégica, que por esencia es una sociedad cerrada, aun cuando puede presentarse frente a terceros bajo la forma de sociedad anónima. Puede ocurrir que una joint venture extranjera retenga el working control (control sobre minorías) de una sociedad anónima que le permitiría, frente a la mayoría accionaria nacional, acceso al goce de derechos vetados a extranjeros.⁶

Dentro de las formas de control externo están la concesión de créditos, el uso de marcas, los contratos de ejecutivos, los canales de distribución y la cesión tecnológica⁷.

4.3.2.2 LA PARTICIPACIÓN IGUALITARIA

Como se indicó anteriormente, la participación mayoritaria en una sociedad producto de un alianza estratégica, no asegura el poder. Esto resulta más evidente cuando existe una posición igualitaria, por lo cual se diseñan un gran número de fórmulas para asegurar un mayor poder de decisión frente a otro.

El clima psicológico en una alianza de 50/50 es totalmente diferente. Su principal ventaja es la garantía.⁸

⁶ Id.

⁷ Id.

⁸ GINEBRA SERRABOU, Xavier. Op. Cit. Pág. 32.

4.3.2.3 DERECHO DE MINORÍAS

En la Ley General de Sociedades Mercantiles, la legislación es escasa. A manera de ejemplo mencionaremos que el artículo 184 de la ley, permite que los accionistas que representen por lo menos el treinta y tres por ciento del capital social, pidan por escrito, en cualquier tiempo, al administrador o consejo de administración o a los comisarios, la convocatoria de una asamblea general de accionistas, para tratar los asuntos que se indiquen en su petición, pudiendo ser hecha dicha convocatoria por la autoridad judicial del domicilio de la sociedad, si los administradores o comisarios se rehúsan a hacerla o aceptándolo no la realizan.

Dicha petición puede ser hecha por el titular de una sola acción, cuando no se haya celebrado la asamblea durante dos ejercicios consecutivos o no se hayan ocupado de los asuntos propios de la asamblea ordinaria anual, según el artículo 185 de la ley referida.

Para poder aplazar el voto de algún asunto en el seno de alguna asamblea, también se requiere un porcentaje del 33% del capital social de la sociedad. Por último, uno de los derechos más importantes de las minorías, que es el derecho de oposición judicial a las resoluciones de las asambleas que violen alguna disposición legal o cláusula de los estatutos, solamente se concede a los accionistas que representen el 33% del capital social.

De todo lo mencionado se deduce la elevada proporción del 33% que se exige para tener derecho a la protección de los artículos citados, salvo en el caso del

artículo 185, protección insuficiente para las minorías, protección que consideramos absolutamente necesaria.

4.3.2.4 EL DERECHO DE VETO

Por derecho de veto entendemos la facultad que se concede a una minoría de acciones de integrar necesariamente el quórum de votación en las asambleas (y en ocasiones también el quórum de presencia), a efecto de adoptar acuerdos válidos. Si la minoría no otorga su voto al proyecto de acuerdo propuesto por la mayoría (o si por no concurrir a la asamblea que se convoque, ésta no puede integrarse), ello equivale a vetar el acuerdo.⁹

Nuestra legislación es omisa respecto de este derecho, por lo que debe reglamentarse en el contrato social, señalando que las resoluciones de las asambleas o del Consejo de Administración sólo pueden ser aprobadas por una mayoría de votos determinada. Tratándose de asambleas extraordinarias, el artículo 190 de la Ley General de Sociedades Mercantiles expresamente señala lo correspondiente al indicar: "salvo que en el contrato social se fije una mayoría más elevada, que la ley o el contrato social exija un quórum especial".

De esta suerte el pacto debe ser claro respecto de los asuntos a resolverse en asamblea ordinaria, porque los de la extraordinaria están enumerados expresamente en las once fracciones anteriores del propio artículo 182.

⁹ Id Pág. 15.

No obstante, la concesión de tal derecho y su otorgamiento en una cláusula estatutaria, no deben impedir el funcionamiento de la sociedad anónima, provocando que no pueda celebrarse asamblea ordinaria alguna (al no presentarse él o los accionistas minoritarios), o que ella no adopte acuerdos que sean necesarios para la consecución de las finalidades sociales.

Con esta limitación, considero conveniente establecer el derecho de veto, estimando necesaria la intervención judicial, para resolver cualquier improcedencia que dificulte o haga imposible la consecución de la finalidad social.

Es aconsejable señalar que en ciertas materias específicas, establecer el consentimiento unánime de los socios, con respecto a las siguientes materias relacionadas con la empresa vehículo de la coinversión, sus subsidiarias o afiliadas:

- a) Cualquier fusión o escisión;
- b) Cualquier petición de quiebra o suspensión de pagos;
- c) Venta, arrendamientos, o cualquier otra disposición de todos o una parte sustancial de los activos;
- d) Cualquier transferencia de los intereses de los inversionistas;
- e) Cualquier modificación a los estatutos sociales;
- f) Inversiones que excedan una cantidad predeterminada;
- g) Aprobación de contratos que excedan de una cantidad predeterminada.

- h) Cambios en la política general corporativa;
- j) Aprobación de erogaciones y endeudamiento en exceso de sumas determinadas;
- k) Aprobación de proyectos financieros y corporativos a largo plazo;
- l) Aprobación de determinados acuerdos con los accionistas, empleados u otras personas relacionadas;
- m) Aprobación de los proyectos generales de remuneración;
- n) Aprobación de créditos e inversiones de las reservas financieras de la sociedad;
- o) Compraventa de bienes inmuebles y construcción de instalaciones de la sociedad;
- p) Adquisición y disposición de derechos de propiedad industrial, como tecnología, patentes, principalmente.
- q) Manufactura de nuevos productos o servicios y/o el abandono de líneas existentes de productos o servicios;
- r) Contratación de auditores y consejeros legales externos;
- s) Transmisión de acciones de la sociedad;
- t) Pago de acciones;
- u) Nombramiento de miembros de comités ad hoc o especiales y designación de sus facultades;

w) Todos los asuntos que no se desglosen expresamente en la convocatoria para la asamblea de accionistas¹⁰.

4.3.3 LEY APLICABLE A LA SOCIEDAD PRODUCTO DE UNA ALIANZA ESTRATÉGICA

En este rubro existen tres opciones posibles: la ley de una de las partes, la ley del lugar en que el contrato será ejecutado, es decir, donde operará (*lex loci executionis*) y la ley de un tercer país.

Las dos primeras opciones son negociables. La tercera sin embargo, presenta ciertas restricciones jurídicas y se explica a través de la intención de escoger una ley que puede no ser conocida por ninguno de los abogados que intervienen en el caso, o por apenas una de las partes, y que tal vez no regirá las obligaciones de los sujetos en la ejecución del contrato. En el caso de optar por la ley de un tercer país, la cual podría ser recusada con motivo de la homologación del laudo arbitral, se debe obrar con cautela, siendo tradicional la indicación de la ley del lugar donde debe desenvolverse el arbitraje.

4.3.4 CONVENIOS ACCESORIOS AL CONTRATO PREVIO O MAESTRO

En muchos casos, además de planear y estructurar las disposiciones de un contrato de alianza estratégica, éstos celebran una serie de convenios accesorios que proyectan a la empresa como subsidiaria de una empresa matriz

¹⁰ Id. Pág. 17

extranjera¹¹. Estos convenios internos, tienden a integrar la empresa subsidiaria de coinversión a la estructura global de la matriz y pueden conferir a ésta un control de facto y operativo sobre aquélla, particularmente en su doble capacidad como accionista y como proveedor de bienes de capital, materias primas, tecnología, asistencia técnica y administrativa para la subsidiaria.

4.3.4.1 CONVENIOS FINANCIEROS

En las etapas iniciales de organización de una alianza estratégica, es común que la empresa matriz extranjera celebre contratos de crédito para financiar el proyecto, además de hacer sus aportaciones al capital social, ya que generalmente, es económicamente la más sólida de los inversionistas .

Estos aspectos financieros son de importancia vital para el desarrollo de las actividades de la empresa subsidiaria y tienden a crear un grado significativo de dependencia de la empresa matriz.

La falta de liquidez de las empresas de coinversión son causa de importantes fracasos en las alianzas estratégicas. Por ello conviene instrumentar

¹¹ Id. Pág 39.

mecanismos, dentro del contrato de coinversión de los convenios accesorios y de los estatutos sociales, que prevean aportaciones de los socios a la empresa conjunta de acuerdo a las necesidades de ésta, y que a la vez no obliguen a la sociedad vehículo a descapitalizarse por los altos pagos que deba efectuar a la empresa conjunta por concepto de dividendos o intereses del capital¹².

4.3.4.2 CONVENIOS DE SUMINISTRO

Los convenios de suministro son aquellos en los cuales, la empresa matriz suele asumir el papel de proveedor de bienes de capital y de materias primas que la subsidiaria requiere para sus procesos productivos. Inicialmente, la empresa matriz puede hacer su aportación al capital social de la subsidiaria en especie, es decir, en forma de equipo, maquinaria o activos intangibles como tecnología y patentes principalmente. En el caso de que dichos bienes de capital, no se produzcan o no estén disponibles en el país anfitrión, la empresa matriz extranjera ocupa una posición de mucha importancia en la estructura general del proyecto de conversión.

Asimismo, la empresa matriz extranjera puede celebrar convenios para suministrar determinadas materias primas o componentes que la empresa subsidiaria requiere para sus procesos productivos. La determinación de las

¹² Id.

fuentes de suministro de dichos materiales utilizados por la empresa subsidiaria es de importancia fundamental y tiende a crear una dependencia natural con los proveedores. Si la empresa matriz puede determinar y controlar las fuentes y el suministro de las materias primas, está en una posición propicia para influir en ciertas áreas de decisión administrativa y direccional. Esta noción se agudiza particularmente en casos que involucran la alta tecnología controlada por la empresa matriz. Sin embargo, debe ejercerse prudencia al diseñar tales convenios de suministro, a fin de no atar a la subsidiaria o la empresa matriz proveedora, si existen fuentes o proveedores de materiales comparables en el país anfitrión.¹³

4.3.4.3 CONVENIOS DE TRANSFERENCIA DE TECNOLOGÍA

La empresa multinacional moderna se caracteriza, por la avanzada tecnología que se incorpora a los países como a los procesos de producción, de un gran número de compañías manufactureras. La tecnología asociada con las patentes, marcas y conocimientos técnicos ("know-how"), también constituye un elemento importante del proceso de internacionalización de la industria y de la empresa multinacional.

Las empresas matrices de países industrializados, frecuentemente celebran convenios con empresas de otros países otorgándoles licencias para usar y

¹³ Id

explotar su tecnología. Estos convenios son los instrumentos principales que facilitan la transferencia de tecnología a terceras personas y son de suma importancia para los países en vías de desarrollo. En este nivel, los convenios que permiten a la empresa multinacional asociarse contractualmente con empresas o inversionistas nacionales, o locales, sin comprometer una inversión de capital en una entidad corporativa separada.¹⁴

4.4 LA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA COMO VEHICULO DE UNA ALIANZA ESTRATÉGICA

En cualquier sociedad de responsabilidad limitada, es muy importante la calidad de los socios que la integran. En materia de alianza estratégica, suele constituirse con el propósito de unir a un grupo de empresas.

Esta unión puede lograrse por dos procedimientos, que corresponden a dos distintas formas de organización, que son tanto la agrupación en calidad de socios, como la organización separada de la organización¹⁵.

La regulación de la sociedad de responsabilidad limitada, es más flexible que la correspondiente a la sociedad anónima, toda vez que ha sido concebida para materializar empresas más reducidas, tanto en capital, como en número de socios.¹⁶

¹⁴ Id

¹⁵ ALVAREZ QUELQUEJEU, Luis Camilo, La sociedad de responsabilidad limitada como Instrumento para la concentración de empresas, Valladolid, 1978, pág. 97

¹⁶ GINEBRA SERRABOU, Xavier. Op. Cit. Pág. 55.

La menor rigidez del régimen legal de la sociedad de responsabilidad limitada, resulta muy conveniente para el caso que nos ocupa por las razones que se indican a continuación¹⁷.

4.4.1 AGRUPACIÓN DE TODAS LAS EMPRESAS COMO SOCIOS

El pacto fundamental, por el que se constituye la agrupación y se regulan los derechos y las obligaciones de las empresas, se incorpora entonces a los estatutos de la sociedad y vincula a los socios por su condición de socios de ésta.

Mediante un organismo único se establece la relación entre todas las empresas, elemento fundamental de la concentración, y la de éstas con la sociedad órgano, como elemento auxiliar .

4.4.2 AGRUPACIÓN DE EMPRESAS SEPARADA DE LA SOCIEDAD

En el pacto mediante el cual se constituye la sociedad de responsabilidad limitada, se establecen los derechos y obligaciones recíprocos que ligan a las empresas con la sociedad órgano.

¹⁷ Id.

Cuando se presentan separadamente, es decir, por una parte la agrupación empresarial y por otra la sociedad órgano se produce el fenómeno jurídico denominado doble sociedad, que se caracteriza por la existencia simultánea de dos entes de carácter asociativo que funcionan separada pero coordinadamente. Uno de ellos, llamado agrupación principal, carece generalmente de personalidad jurídica, y se sirve del otro, la sociedad órgano, dotada en cambio de dicha personalidad, para manifestarse externamente frente a terceros.¹⁸

Los motivos que originan dicha conformación son de índole fiscal y jurídica, ya que con ello se intenta evitar la aplicación de determinados impuestos que gravan a las personas jurídicas, especialmente a las sociedades mercantiles. Otras veces las razones no son de índole fiscal sino puramente jurídica, tratándose, por ejemplo, de evitar las dificultades que implicaría la sumisión a normas legales de carácter necesario como invariabilidad del capital social, número o nacionalidad de los socios y publicación de cuentas principalmente. O bien puede darse a la agrupación principal, una estructura que no encaja bien en ninguno de los tipos legales dotados de personalidad jurídica recurriéndose por ello a este procedimiento de la doble sociedad, que parece en principio más complicado pero que ofrece en determinados casos indudables ventajas que no se podrían lograr por medios más sencillos.

Los elementos que aparecen en esta forma de manifestarse la concentración de empresas son:

¹⁸ Id Pág. 56.

- a) Una agrupación de empresas cuyos miembros se someten al cumplimiento de determinadas reglas a fin de coordinar el desarrollo de sus respectivas actividades económicas;

Una persona jurídica constituida para servir a los fines de la agrupación de empresas ejerciendo las funciones de dirección y vigilancia que se le encomienden a fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones que incumben a cada una de las empresas agrupadas.¹⁹

4.4.3 PRESTACIONES ACCESORIAS

Las obligaciones de los socios, son una diferencia fundamental entre la sociedad anónima y la sociedad de responsabilidad limitada, ya que esta última, se ha previsto la ley la posibilidad de establecer prestaciones accesorias distintas de la aportación del capital, como lo señalan los artículos 70 y 87 de la Ley General de Sociedades Mercantiles. Estas obligaciones pueden establecerse a cargo de todos los socios y pueden consistir en cualquier prestación de dar, hacer o no pero en todo caso estas prestaciones no forman parte integrante del capital social.

La posibilidad de establecer prestaciones accesorias de los socios adquiere particular relieve en la sociedad de responsabilidad limitada, para servir a los fines de la concentración de empresas. Las obligaciones que consisten esencialmente en el pacto que agrupa a las empresas, puede configurarse prestaciones

¹⁹ Id.

accesorias, vinculando a las empresas por su condición de socios en virtud de su inclusión en el estatuto de la sociedad.

La forma en que los órganos de la sociedad opera, también lo distinguen de la sociedad anónima, ya que ésta última tiene una minuciosa reglamentación legal, especialmente en cuanto a lo relativo a la asamblea general de socios, su competencia, quórum, procedimiento de convocatoria y demás requisitos para su válida constitución y forma de tomar acuerdos principalmente.

En el caso de la sociedad de responsabilidad limitada, la regulación legal es de una gran amplitud. La forma y procedimientos a seguir, sobre todo en cuanto a requisitos de publicidad de la convocatoria de la asamblea general de socios.

La ley permite un margen de libertad mayor en cuanto a las facultades y el funcionamiento del órgano administrativo en la sociedad de responsabilidad limitada, en comparación que a la sociedad anónima, permitiendo la mejor adaptación de aquélla a las particulares funciones que ha de desarrollar el órgano de concentración de empresas. Esto también permita una mayor libertad de la organización de la administración y contribuye también a la adaptación de sus órganos administrativos a las circunstancias económicas en que se desarrolla la concentración de empresas.

4.4.5 FINES DE LA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDA LIMITADA EN RELACIÓN CON LAS EMPRESAS QUE LA INTEGRAN

Si se adopta esta estructura unitaria, la sociedad de responsabilidad limitada, cumple con los siguientes fines:

A) CONSTITUCIÓN DE UN VÍNCULO ENTRE LAS EMPRESAS

La sociedad de responsabilidad limitada sirve de medio para la constitución de un vínculo estable entre las empresas interesadas en agruparse. No existe en este caso una agrupación de empresas separada de la sociedad, sino que las empresas que integran la concentración se agrupan directa y exclusivamente por la sociedad. Los derechos y obligaciones de las empresas como miembros de la concentración aparecen configurados entonces como derechos y obligaciones sociales, que incumben a las empresas por su condición de socios.

Es imprescindible que sean socios de la sociedad, todas las empresas que pretenden coordinar sus respectivas actividades puesto que sólo a través de la sociedad de responsabilidad limitada, se establece entre ellas un vínculo jurídico. Conviene tener esto en cuenta al fundar la sociedad, con objeto de regular debidamente en los estatutos sociales la transmisión de las participaciones sociales estableciendo las garantías necesarias para impedir que mediante dicha transmisión resulten burlados los fines perseguidos con la concentración de empresas.

B) DIRECCIÓN Y VIGILANCIA DEL FUNCIONAMIENTO DE LA AGRUPACIÓN DE EMPRESAS

Por otra parte la sociedad de responsabilidad limitada constituye el órgano encargado de dirigir el desenvolvimiento de la concentración de empresas y de vigilar el cumplimiento que incumben a sus miembros, interviniendo en sus relaciones con clientes o proveedores.

El mecanismo de la transmisión de las participaciones sociales permite la modificación subjetiva de la agrupación de empresas, ya que al transmitir la participación social, se transmite también la condición de miembro de la agrupación de empresas, cambiando así los sujetos que de ella forman parte.

Frente a las características favorables, la configuración de empresas como estructura unitaria exige una deformación más profunda del tipo social para permitir la incorporación del pacto entre las empresas al pacto societario, recargando la importancia de las obligaciones que la concentración de empresas impone a los socios frente a las que únicamente son esenciales para la constitución de la sociedad. A ello se debe la importancia destacada que adquieren en este caso las prestaciones accesorias.²⁰

²⁰ ROMERO ULLMANN, Roberto, Estructuras empresarias para el comercio internacional, Editorial Depalma, 2ª edición, Buenos Aires 1989, p 78.

CONCLUSIONES

1. El término alianza estratégica y joint venture, son sinónimos. Sin embargo considero mejor utilizar el término alianza estratégica, porque facilita la comprensión de esta figura jurídica, cuya origen se ubica en un sistema jurídico diferente al nuestro.
2. La alianza estratégica, es el contrato formal por el cual dos o más personas (físicas o jurídico colectivas), convienen en la realización conjunta de un negocio, sin perder su independencia jurídica, aportando para ello bienes, servicios, técnica, conocimientos y experiencia, generalmente complementarias a la de su cocontratante, con el fin de obtener ventajas y beneficios que individualmente no podrían obtener, distribuyendo en proporción al valor otorgado a sus obligaciones, las pérdidas o ganancias que se obtuvieren.
3. La alianza estratégica o joint venture es una figura de derecho extranjero, creada y desarrollada en un sistema jurídico distinto al nuestro, es posible utilizarlo en nuestro país como vehículo de una gran variedad de Inversión Extranjera.

4. Podemos afirmar que el contrato de alianza estratégica es bilateral, oneroso, atípico, formal, principal, asociativo y definitivo que puede tener efectos reales. Asimismo, señalamos que la naturaleza del contrato es mercantil.
5. A pesar de que no lo exige la ley, el contrato de alianza estratégica debe tener forma legal, con el fin de que se comprendan y se cumplan las obligaciones complejas que de él resulten.
6. Aunque no existe una reglamentación específica que tipifique el contrato de alianza estratégica y señale con precisión sus alcances y límites como instrumento de inversión extranjera, es posible aplicar las reglas generales de los contratos, de las obligaciones, de inversión extranjera y competencia económica, con el límite de no transgredir disposición de interés público y de alguna ley prohibitiva alguna.
7. El contrato de alianza estratégica es un contrato definitivo, no preparatorio y que no tiene requisitos de publicidad especiales, como en el caso de los contratos sociales, y que no obstante esto, las convenciones que surjan del mismo, pueden prevalecer sobre los contratos de conocimiento público, inclusive de manera coercitiva.

8. La alianza estratégica es un instrumento que permite la expansión de los empresas internacionales, en países cuya legislación en materia mercantil es poco flexible, por lo que resulta un instrumento muy importante para la inversión extranjera.
9. Es importante tener en cuenta que la flexibilidad de las alianzas estratégicas, ocasiona su frecuente utilización entre empresas competidoras o potencialmente competidoras, lo cual no es permitido en las legislaciones de defensa de la competencia. Nuestra legislación no es la excepción y por tal motivo, las partes de una alianza estratégica, deben considerar las disposiciones antimonopólicas antes de celebrarlo, a fin de que las cláusulas de este contrato no violen dichas disposiciones.
10. El carácter atípico del contrato de alianza estratégica, obliga a la partes a reglamentar minuciosamente el objeto, los términos y las condiciones del mismo, con el fin de que una vez que cumpla sus propósitos, no exista alguna ventaja desproporcionada entre las partes, principalmente tratándose de inversionistas de diferentes nacionalidades.
11. Es necesario que el legislador establezca las bases, para que nos permita determinar quien es el encargado del cumplimiento de las obligaciones fiscales, cuando en virtud de la alianza estratégica, no se constituye una sociedad mercantil.

12. Por la amplitud de su objeto y la flexibilidad de su estructura, el contrato de alianza estratégica, es un instrumento cada vez más útil para realizar cualquier tipo de inversiones.
13. El contrato de alianza estratégica debe ser reglamentado, con el fin de evitar violaciones a leyes en materia de competencia, de inversión y en materia fiscal. La reglamentación facilitará su comprensión y utilización como medio de inversión extranjera.
14. La reglamentación del contrato de alianza estratégica, facilitará a los abogados nacionales, mejorar su perspectiva económica en materia de comercio, a través de la comprensión de una figuras utilizada internacionalmente para el tráfico de bienes y servicios.

BIBLIOGRAFÍA

I. LIBROS Y ARTÍCULOS

ALVAREZ QUELQUEJEU, Luis Camilo, La sociedad de responsabilidad limitada como instrumento para la concentración de empresas, Valladolid, 1978, pp. 456.

ARCE GARGOLLO, Javier, Contratos Mercantiles Atípicos; México D.F., Editorial Porrúa, 1996. 374 pp.

BARRERA GRAF, Jorge, Instituciones de Derecho Mercantil; México D.F., Editorial Porrúa, 1989, 860 pp.

BARRERA GRAF, Jorge, La regulación jurídica de las inversiones extranjeras en México; México D.F., Editorial UNAM, 1989, 208 pp.

CABANELLAS DE LA CUEVA, Guillermo y KELLY Julio Alberto, Contratos de Colaboración Empresarial; Argentina, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1987, 406 pp.

CHACHOLIADES, Miltiades, Economía Internacional. Editorial Mc. GrawHill, México 1992, 5ª Edición

CRUZ MIRAMONTES, Rodolfo, "El TLC: Controversias, soluciones y Otros Temas Conexos". Editorial Mc Graw Hill. México 1997.

DIAZ, Luis Miguel y MORONES LARA Guadalupe, Inversión Extranjera: Derecho Mexicano y Derecho Internacional, Primera Edición, México 1992, Editorial Themis.

FAVIA, Juan M., Contratos Comerciales Modernos; Argentina, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1993. 799 pp.

FRISCH PHILIPP, Walter, La Sociedad Anónima Mexicana; 2ª Edición; D.F., México. Editorial Porrúa, 1982 560 pp.

GANTZ, David. "Resolución de Controversias en materia de Inversiones Extranjeras en el TLCAN."

GARCIA MORENO & SILVA SILVA "El arbitraje como medio de solución de controversias en materia de inversiones en el TLC." Tijuana Universidad Autónoma de Baja California.

GARCÍA TORRES, Armando, Alianzas Estratégicas. Nota técnica del Instituto de Formación técnica de Bancomext, México Distrito Federal, junio de 1996.

GARNER, Bryan (Editor) Black's Law Dictionary, 7ª edición, Estados Unidos de América, West Group, 1999.

GHERSI, Carlos Alberto, Contratos Civiles y Comerciales, Parte general y especial. Figuras contractuales Modernas; Argentina, Buenos Aires. Editorial Astrea, 1990 647 pp.

GINEBRA SERRABOU, Xavier. "Las Alianzas Estratégicas o Joint Venture y el Derecho de Competencia". REVISTA DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, número 21, México 1997.

GINEBRA SERRABOU, Xavier. "Las Alianzas Estratégicas o Joint Venture". Editorial Themis, Primera Edición, México 2000. 204 pp.

GÓMEZ SOTO, Denise y María Teresa Collada Ramírez, Aventuras conjuntas, nuevas formas de Asociación en negocios Nacionales e Internacionales; 2ª Edición, México, D.F. ITAM, 157 pp.

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, Diccionario Jurídico Mexicano, 2ª Edición. Editorial Porrúa. México 1996 3272 pp.

LE PERA , Sergio, Joint Venture y Sociedad (Acuerdos de Participación Empresarial); Argentina, Buenos Aires: Editorial Astrea, 1992, 265 pp.

LEDESMA URIBE, Idelfonso "El contrato de Joint Venture", Iuris Tantum, México 1999, número XIV.

LOPEZ GONZÁLEZ, Francisco. "El Capítulo 11 del TLCAN y la Posición Tradicional de México respecto a la Inversión Extranjera: Algunas Consideraciones Legales sobre sus Consecuencias en los Ámbitos Internacional y Nacional." Lex. 1997.

MANTILLA MOLINA, Roberto L., Derecho Mercantil, 29 Edición; México D.F. Editorial Porrúa, 1996. 486 pp.

MARZORATI, Oswaldo J., Derecho de los Negocios Internacionales; Argentina Buenos Aires, Editorial Alfredo y Ricardo Depalma. 1993, 687 pp.

MUCHILINSKI, Peter. Multinational enterprises and the law ; Black and Well Publishers Ltd, Oxford 1995. Primera Edición 587 pp.

ORTIZ AHLF, Loretta, Derecho Internacional Público, 2ª Edición; México Editorial Harla 1993, 520 pp.

PALLARES, Eduardo. Diccionario de Derecho Procesal Civil. 22ª Edición, Editorial Porrúa México 1996. 907 pp.

PEREZNIETO CASTRO, Leonel, Derecho Internacional Privado. Editorial Harla, 1ª Edición, México 1988.

PRATT, William A. Refusals to Deal in the Context of Network Joint ventures, The Business Lawyer, Vol. 52, February 1997.

PRICE, Daniel. An Overview of NAFTA, Investment Chapter: Substantive Rules and Investor State Dispute Settlement. The International Lawyer, Fall 1993.

RAMOS GARZA, Oscar. México ante la Inversión Extranjera. Legislación políticas y Prácticas. 2ª edición, Editorial Docal Editores S.A., México 1974.

REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Diccionario, 22ª Edición, España 1992, Editorial Calpe, S.A.

RENART, Luis, Consortios de exportación enfocados: su diseño y puesta en práctica, documento de investigación del Instituto de Estudios Superiores de la Empresa (IESE), DI-289, Barcelona, España.

ROMERO ULLMANN, Roberto, Estructuras empresarias para el comercio internacional, Editorial Depalma, 2ª edición, Buenos Aires 1989.

SAMUELSON, Paul y NORDAHUS, William. Economía, 12ª Edición, Editorial Mc Graw Hill, México 1990.

SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, De los Contratos Civiles, 12ª edición, México D.F. Editorial Porrúa, 1991, 617 pp.

SANDRINO, G. "The NAFTA Investment Chapter an Foreign Direct Investment in México: Third World Perspective" Vanderbilt Law Journal 1994.

SHENKIN, T. "Trade-Related Investment Measures in Bilateral Investment Treaties and the GATT: Moving Toward a Multilateral Investment Treaty." 55 U. Pitt. Law. Rew 1994.

SILVA SILVA, Jorge, El Arbitraje Comercial Internacional en México. Pérez Nieto Editores, México 1994.

STINSON ORTIZ, Ivonne. "Acuerdo Multilateral de Inversión" en El financiero del miércoles 24 de diciembre de 1997. Pág.25

TENA, Felipe de Jesús, Derecho Mercantil Mexicano, 11ª Edición, Editorial Porrúa, México, D.F., 1984.

VÁZQUEZ DEL MERCADO, Oscar, Contratos Mercantiles, 6ª Edición, Editorial Porrúa, México 1996.

WITKER, Jorge (coordinador), Resolución de controversias Comerciales en América del Norte. Instituto de Investigaciones Jurídicas, México 1994.

ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Ángel. Contratos Civiles. 3ª Edición. Editorial Porrúa, México 1989.

II. LEGISLACIÓN

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Código de Comercio

Código Civil para el Distrito Federal

Código Civil Federal

Código Fiscal de la Federación

Ley de Propiedad Industrial

Ley de Títulos y Operaciones de Crédito.

Ley de inversión Extranjera.

Ley del Impuesto Sobre la Renta

Ley Federal de Competencia Económica

Ley General de Sociedades Mercantiles

Decreto por el que se Aprueban los Instrumentos Relativos a la Adhesión de los Estados Unidos Mexicanos a la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos. Diario Oficial de la Federación, Mayo 13 de 1994.

Decreto de Emergencia, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 7 de julio de 1944.

Tratado de Libre Comercio de América del Norte, Publicado en el Diario Oficial de la Federación, el 30 de diciembre de 1993.

III. OTRAS FUENTES

CEPAL, informe sobre la inversión extranjera en América Latina y el Caribe.
<http://www.eclac.cl>

Página de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos.
<http://www.essential.org./monitor/mai/two.html>