

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

Facultad de Derecho

**JOINT VENTURE, ¿INSTRUMENTO PARA FOMENTAR LA
INVERSIÓN EXTRANJERA EUROPEA EN MÉXICO, CONFORME
AL TRATADO DE LIBRE COMERCIO ENTRE MÉXICO Y LA UNIÓN
EUROPEA?**

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A:
PIÑA MONDRAGÓN JOSÉ JOAQUÍN

DIRECTORA DE TESIS: DRA. LAURA HERNÁNDEZ RAMÍREZ

MÉXICO, D.F.

2006



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

AGRADECIMIENTOS

A mi querida Universidad.

A todos mis maestros de la Facultad de Derecho.

A la Dra. Laura Hernández, por su invaluable contribución en la elaboración de esta tesis.

Al Dr. Jorge Witker, por todo su apoyo y enseñanzas, que he de tener muy presentes todos los días de mi vida.

Al Mtro. Alfonso Muñoz de Cote, por brindarme la oportunidad de compartir su clase como experiencia previa para mi examen profesional.

A la Lic. Nora Ramírez Flores, por despertarme el interés en desarrollar el tema y apoyarme en los momentos más difíciles de la carrera.

A la Dra. Hernany Veytia, por toda la información y apoyo que me proporcionó.

A Julia Salgado Cruz, por ser la luz que ilumina mi camino desde hace 3 años y convertirme en el apoyo más grande y sincero en mi vida.

A mis padres, por enseñarme que no existe razón lo suficientemente poderosa para dejar de luchar.

A mis hermanos, Maura Elena y Ricardo Alfonso Piña Mondragón, por todos los momentos felices y esperando que esto les sirva como aliciente para luchar por lo que quieren.

A mis abuelos, por su cariño y sabios consejos.

A la Lic. Mariana Domínguez Uribe, por brindarme tu amistad sincera y apoyarme a lo largo de este difícil camino.

Al Lic. Arturo Hernández Sánchez, por la excelente revisión que hizo de mi investigación.

A la Mtra. Wendy Godínez, por sus consejos.

A mis mejores amigos: Anel Alejandra Valadés Murillo, José Valle Monroy, Bernardo González Serdán, Mario Alberto Hernández García, José Alberto Burelo Montes y Adalid Roque Pimentel, por estar siempre conmigo y apoyarme en todos los momentos, por duros que estos fueran.

Índice	Página
INTRODUCCIÓN.	1
CAPÍTULO 1. ASPECTOS GENERALES DEL JOINT VENTURE.	
1.1 ANTECEDENTES DEL JOINT VENTURE.	5
1.1.1 Definición de Partnership.	6
1.1.2 Evolución de la Partnership.	6
1.1.3 Características de la Partnership.	8
1.1.4 Acuerdos en la Partnership.	9
1.2 NATURALEZA JURÍDICA DEL JOINT VENTURE.	10
1.2.1 Orígenes y evolución.	11
1.2.2 Aproximación al Joint Venture.	14
1.2.3 Definición del Joint Venture.	16
1.2.4 Características de las Joint Ventures.	18
1.3 TIPOS DE JOINT VENTURES.	20
1.3.1 Joint Venture Agreement.	20

1.3.2 Joint Venture Corporation (equity joint venture).	21
1.3.3 Joint Venture Contractual (non equity joint venture).	23
1.3.3.1 Características del Joint Venture Contractual.	27
1.4 ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL JOINT VENTURE.	28
1.5 COLABORACIÓN DE EMPRESAS.	31
1.5.1 Estados Unidos.	33
1.5.2 España.	33
1.5.3 Brasil.	34
1.5.4 Argentina.	35
1.5.5 Chile.	36
1.6 DESARROLLO INDUSTRIAL, COMPETITIVIDAD, TRANSFERENCIA DE TECNOLOGÍA Y SU RELACIÓN CON EL JOINT VENTURE.	36
CAPÍTULO 2. EL JOINT VENTURE EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA.	
2.1 PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD.	39
2.2 ELEMENTOS DEL JOINT VENTURE CONTRACTUAL.	42
2.2.1 Elementos Personales.	42

2.2.2 Elementos Formales.	43
2.2.3 Elemento Real.	44
2.3 DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES.	45
2.4 RESPONSABILIDAD DE LAS PARTES.	48
2.4.1 Responsabilidad Contractual.	48
2.4.2 Responsabilidad Frente a terceros.	51
2.5 DISOLUCIÓN DEL JOINT VENTURE CONTRACTUAL.	52
2.6 DIFERENCIAS DEL JOINT VENTURE CONTRACTUAL CON OTRAS FIGURAS JURÍDICAS DEL DERECHO MEXICANO Y EL CONSORCIO.	53
2.6.1 Sociedad Anónima.	54
2.6.2 Asociación en Participación.	56
2.6.3 Fusión de Empresas.	59
2.6.4 Consorcio	61
CAPÍTULO 3. MARCO CONCEPTUAL DE LA INVERSIÓN.	
3.1. LA INVERSIÓN.	63
3.2 TIPOS DE INVERSIÓN.	64

3.2.1 Transacciones de Capital y Transacciones Invisibles.	66
3.3 LA INVERSIÓN EXTRANJERA DIRECTA EN LA ESCALA GLOBAL.	69
3.3.1 La importancia de la Inversión Extranjera Directa en el desarrollo económico de las naciones.	71
3.4 LA INVERSIÓN EXTRANJERA EN MÉXICO.	72
3.4.1 Marco Legal de la Inversión Extranjera en México.	74
CAPÍTULO 4. FOMENTO DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA DIRECTA EUROPEA EN MÉXICO, A TRAVÉS DEL JOINT VENTURE EN MATERIA DE SERVICIOS, CONFORME AL TRATADO DE LIBRE COMERCIO MÉXICO-UNIÓN EUROPEA.	
4.1 ANTECEDENTES Y EVOLUCIÓN DE LAS RELACIONES ENTRE MÉXICO Y LA UNIÓN EUROPEA.	90
4.2 ESTRUCTURA DEL ACUERDO.	95
4.2.1 Acuerdo Global e Interino.	95
4.2.2 Las Decisiones de los Consejos Conjuntos.	100
4.3 DISPOSICIONES EN MATERIA DE INVERSIÓN EN SERVICIOS EN EL TLCUEM.	107
4.3.1 Marco sustantivo.	107

4.3.1.1 Pagos relacionados con inversión en el sector servicios.	108
4.3.1.2 Dificultades por políticas cambiaria y monetaria.	109
4.3.1.3 Dificultades en la balanza de pagos.	110
4.3.1.4 Fomento de la inversión entre las partes.	110
4.3.1.4.1 Acuerdos para la promoción y protección recíproca de las inversiones.	111
4.3.1.4.2 Mecanismos de inversión conjunta.	112
4.3.1.4.2.1 La formación de Joint Ventures en México con empresas europeas.	113
4.3.1.4.2.2 Ventajas y desventajas del Joint Venture Contractual para las empresas Mexicanas y europeas.	121
 4.4 LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL ACUERDO DE ASOCIACIÓN ECONÓMICA, CONCERTACIÓN POLÍTICA Y COOPERACIÓN ENTRE MÉXICO Y LA UNIÓN EUROPEA Y SU POSIBLE APLICACIÓN EN EL JOINT VENTURE.	 127
4.4.1 Características principales de los mecanismos de solución de controversias comerciales de México.	127
4.4.1.1 La Organización Mundial del Comercio.	129
4.4.1.2 Los Tratados de Libre Comercio.	131
 4.4.2 El Joint Venture en el marco de solución de controversias en materia de inversiones del Tratado de Libre Comercio entre México y la Unión Europea.	 133
4.4.2.1 El mecanismo diplomático-político.	134
4.4.2.2 El mecanismo comercial.	135
4.4.2.2.1 Ámbito de aplicación.	135

4.4.2.2.2 Consultas.	137
4.4.2.2.3 Procedimiento arbitral.	138
4.4.2.2.3.1 Establecimiento e integración del panel arbitral.	140
4.4.2.2.3.2 Informes de los Páneles.	142
4.4.2.2.3.3 Cumplimiento del informe del panel.	143
4.4.2.2.3.4 Disposiciones generales.	145
4.4.2.2.3.5 Reglas modelo de procedimiento.	145
4.4.2.2.3.6 Medios alternativos para la solución de controversias comerciales privadas.	146
4.4.2.2.3.6.1 Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras.	147
4.4.2.2.3.6.2 Código de comercio.	151
CONCLUSIONES	156
BIBLIOGRAFÍA	161

INTRODUCCIÓN

En razón de la Integración económica, México ha celebrado diversos Tratados de Libre Comercio con distintos países, en varios puntos del planeta. Particularmente, la presente investigación se centra en el Acuerdo de Asociación Económica, Concertación Política y Cooperación entre México y la Unión Europea, que establece como uno de sus objetivos fundamentales, la liberalización bilateral, progresiva y recíproca de la inversión, en diversos sectores que se consideran estratégicos para las Partes, la cual se sujetará a las disposiciones establecidas por la Organización Mundial del Comercio. En particular, el artículo XXIV del Acuerdo General de Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) referente a mercancías, y el artículo V del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (GATS).

En consideración a lo anterior, la presente investigación pretende la búsqueda de instrumentos que permitan a México, no sólo atraer la Inversión Extranjera que los propios acuerdos comerciales que nuestro país ha celebrado con otros Estados genera, sino el encaminar estos flujos de inversión, a la realización de proyectos de diversa naturaleza, siempre con el objetivo de impulsar a los sectores que requieren de esa chispa que les permita producir más productos y de acuerdo al enfoque de nuestra investigación, prestar mejores servicios; buscando el beneficio económico y tecnológico del país y la generación de empleos, que repercuta favorablemente, en un aumento directo en las exportaciones, lo cual se verá reflejado en una Balanza Comercial favorable para nuestro país.

En este orden de ideas, existe una figura utilizada en la realización de proyectos de diversa naturaleza, a través de la colaboración entre empresas, sin que dicha cooperación implique la creación de un ente jurídico nuevo. Esta figura, proveniente del Derecho Anglosajón, lleva el nombre de Joint Venture, que puede entenderse como una aventura conjunta, permite a las empresas la colaboración

en la realización de proyectos conjuntos y nos parece benéfico sobretodo, para las empresas mexicanas que no se encuentran bien posicionadas, ya no sólo en mercados externos, sino en el propio mercado nacional, por razones bien conocidas por todos, como la carencia de recursos, de financiamiento, de tecnología o bien de estrategias adecuadas que les permitan ser más competitivas, el poder colaborar con empresas europeas que busquen adentrarse en el mercado mexicano, a raíz del marco de fomento a la inversión que genera el Tratado de Libre Comercio con la Unión Europea y como lo menciono en puntos posteriores, hay que aprovechar los acuerdos que México ha celebrado con otros países, buscando siempre el beneficio del país y haciendo uso de instrumentos que fomenten la inversión y la colaboración conjunta.

De acuerdo a lo anterior, surgen las siguientes interrogantes: ¿Es posible aplicar el Joint Venture como un instrumento útil, para atraer la inversión que las empresas mexicanas requieren, propiciando la generación de empleos, captación de recursos y técnicas de inserción en mercados externos? ¿El marco jurídico mexicano, permite la celebración de este tipo de operaciones, proporcionando certeza jurídica a las partes? ¿La implementación de esta figura, resulta un mecanismo útil para encaminar la inversión que el Acuerdo entre México y la Unión Europea genera, en beneficio del país? ¿Las disposiciones del Acuerdo, establecen un mecanismo de solución de controversias adecuado, en caso de que surjan conflictos por la celebración de este tipo de operaciones?

El objetivo fundamental de esta investigación es analizar la figura del Joint Venture en materia de servicios, como modelo de Inversión Extranjera Directa Europea en México, conforme al Tratado de Libre Comercio entre México y la Unión Europea.

Así, este trabajo de tesis se divide en 4 capítulos. En el primero, denominado “Aspectos Generales del Joint Venture”, se exponen los antecedentes, naturaleza jurídica y tipos de Joint Venture que existen.

Posteriormente, nos referimos al ámbito de aplicación de esta figura con el objeto de conocer su utilidad y campos de aplicación. Por último, hablamos de la colaboración empresarial con el fin de ubicar, en el contexto mundial, dónde se ha utilizado con mayor frecuencia el Joint Venture.

En el segundo capítulo, denominado “El Joint Venture en la Legislación Mexicana”, analizamos dicha figura a la luz del principio de autonomía de la voluntad, con el fin de determinar si realmente en nuestro país se pueden celebrar este tipo de contratos, así como proporcionar certeza jurídica a las partes que lo celebran al amparo de nuestras leyes. Asimismo, se estudian los elementos personales, formales y reales de esta figura, al igual que se determinan los derechos, obligaciones y responsabilidades que asumen las partes al celebrar este contrato. Por último hacemos referencia a las causas de disolución del Joint Venture Contractual.

En el tercer capítulo, que lleva el nombre de “Marco Conceptual de la Inversión”, hacemos referencia a la inversión, los tipos de inversión, la inversión extranjera directa en la escala global y su importancia en el desarrollo económico de las naciones. Por último, se realiza un análisis de la Inversión Extranjera en México y su marco legal.

Para finalizar, el cuarto capítulo se titula “Fomento de la Inversión Extranjera Directa Europea en México, a través del Joint Venture en materia de Servicios”, en éste se establecen los antecedentes y evolución de las relaciones que llevaron a la idea de crear el acuerdo, su estructura, y las disposiciones en materia de inversión en servicios; tema que nos conduce al fomento de la inversión entre las partes, por medio de mecanismos de inversión conjunta, que a su vez da cabida a analizar el tema de la formación de Joint Ventures en México con empresas europeas, y las ventajas y desventajas que traería para las empresas de ambas Partes. Por último, se analiza el tema de la solución de controversias en el Acuerdo, con el objeto de determinar si es posible o no su

aplicación en caso de que surjan conflictos entre las partes, en materia de Joint Venture.

CAPÍTULO

1

ASPECTOS GENERALES DEL JOINT VENTURE

1.1 ANTECEDENTES DEL JOINT VENTURE

Antes de entrar propiamente al análisis de esta figura, es necesario conocer sus antecedentes, para poder comprender cómo una figura oriunda del sistema jurídico anglosajón, se transfiere al sistema romano-germánico por medio de la práctica comercial internacional.

Como todo medio asociativo útil en las prácticas mercantiles, los orígenes del joint venture se encuentran en el inicio del comercio, a través de las asociaciones comerciales de los fenicios, de los egipcios y de los asirio-babilonios. Pero la figura aparece nítida en los institutos asociativos mercantiles italianos del siglo XIII, en particular con las figuras de la *colleganza* en Venecia y de la *commenda* en Génova, formas de organización de la actividad mercantil volcadas a disciplinar y coordinar los esfuerzos por cada viaje internacional y consentir a los participantes una ventajosa limitación de la responsabilidad. La noción del joint venture salta luego al Támesis con el nombre de *Gentleman Adventures*, que con sentido práctico limita el riesgo individual de los operadores en las expediciones de mercancías hacia las grandes ferias de la Europa Continental. El vínculo que los *adventures* asumían era sólo limitado a cada expedición quedando inalterada su libertad de participar en otros actos de comercio, después de la repartición de los lucros obtenidos y la liquidación de las compensaciones debidas a la administración. Se trataba evidentemente de una asociación ocasional, limitada a cada operación, que en caso de repetirse requeriría un contrato adicional.¹

¹ SIERRALTA RÍOS, Aníbal, Joint Venture Internacional, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1996, p. 42.

Al pasar de los años, esta figura del *Gentleman Adventures* se va perfeccionando en el marco del *common law*, hasta evolucionar en lo que posteriormente se conoció con el nombre de *partnership*, figura de la que hablaremos a continuación.

1.1.1 DEFINICIÓN DE PARTNERSHIP

“*Partnership*”, del inglés “*to part*”, del latín “*partiri*”, en español “partir” o “compartir”, designa la relación que existe entre dos o más personas que realizan un negocio en común, y la de estos con terceros.²

La acepción etimológica inglesa alude a sociedad, interés social, o asociación, aún cuando el alcance de la denominación sociedad no es el mismo que le damos en nuestro sistema legal. Su raíz en latín es *partiri* que equivale a compartir. La figura tiene su antecedente remoto en Inglaterra y ha evolucionado a través del tiempo.³

Esta figura se incorpora en el sistema jurídico del *common law* y se enriquece a través de la labor jurisprudencial de los tribunales de Inglaterra y Estados Unidos de América.⁴

A continuación analizaremos la forma en que esta figura evoluciona, a través de los años, hasta convertirse en lo que hoy conocemos con el nombre de Joint Venture.

1.1.2 EVOLUCIÓN DE LA PARTNERSHIP

Con el paso del tiempo, esta figura que nace a partir del *Gentleman Adventures*, evoluciona hasta integrarse posteriormente al sistema jurídico del

² LE PERA, Sergio, *Joint venture y Sociedad*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1993, p. 29.

³ SIERRALTA RÍOS, Aníbal, *Op. Cit.*, p. 43.

⁴ *Idem*.

common law, donde prospera a través de la labor de los tribunales de Inglaterra y Estados Unidos.

Así, en el año de 1890 surge en Inglaterra la Partnership Act, la cual establece que en caso de que las partes que integran la partnership (partners) incurran en responsabilidad o deuda, no podrán utilizar los bienes de la partnership para solventar la deuda. Es decir, los acreedores no podrán hacer cobro de las deudas con los bienes de la partnership, en todo caso podrán hacerlo de las ganancias percibidas por el partner o con cualquier otra cantidad que le corresponda.

En el año de 1907, surge la Limited Partnership Act en Inglaterra, la cual ya distingue entre general partners, que administran el negocio y responden ante terceros ilimitadamente, y limited partners, que no actúan como gestores de la partnership y responden ante terceros únicamente hasta el monto de sus aportaciones.

En los Estados Unidos de América se crea en 1914 la Uniform Partnership Act, que considera a la partnership como una asociación de dos o más personas para dirigir el negocio en forma común y una relación fiduciaria, en donde las decisiones se toman por mayoría y todas las partes son iguales, independientemente de las contribuciones que realizan.

La Uniform Limited Partnership Act de 1916 establece en los Estados Unidos que tanto el contrato de partnership como la renuncia de algún partner, deben ser inscritos en el registro y comunicados inmediatamente a los partners.

En los Estados Unidos se dicta la Revised Uniform Limited Partnership Act de 1985, cuya principal aportación consiste en que ya permite registrar partnerships extranjeras, mismo que deberá realizarse en la jurisdicción donde actúa la partnership.

1.1.3 CARACTERÍSTICAS DE LA PARTNERSHIP

Esta figura cuenta con algunas características similares a las del joint venture, mismas que analizaremos a continuación para posteriormente entrar al estudio de la figura objeto del presente trabajo. Del análisis de todo lo anterior, podemos enunciar como las principales características de la *partnership* a las siguientes:

Agencia mutua (mutual agency): Cada parte es un agente de la *partnership* dentro del alcance del negocio. En atención a las características de la agencia mutua, cualquiera de las partes responderá frente a terceros de un acuerdo de negocios de la *partnership* mientras que actúe dentro del alcance de las operaciones normales del negocio. Es decir, los actos realizados por una de las partes que no estén dentro del ámbito de la *partnership*, no obligan a las demás partes o los sujetan a responsabilidad frente a terceros, sino se contaba con su autorización.

Duración limitada: A causa de que la *partnership* es formada por medio de un contrato entre las partes, cada cambio efectuado en la relación de las mismas termina el contrato y disuelve la *partnership*. Ejemplos de lo anterior serían la muerte de alguna de las partes, la bancarrota de alguno de los socios, o bien el propio acuerdo de las partes con el propósito de realizar un proyecto de mayor escala o beneficio.

Responsabilidad ilimitada: Cada parte tiene una responsabilidad potencial respecto de las deudas de la *partnership*, las cuales pueden extenderse a su propio patrimonio. Debido a que los acreedores están haciendo un negocio con una “asociación de individuos”, pueden ser requeridos de pago en caso de que las propiedades de la *partnership* sean insuficientes para cumplir con las obligaciones contraídas. Por consiguiente, una parte puede ser responsable de la totalidad de la deuda con los subsecuentes recursos de las demás partes.

Propiedad de los intereses: Cuando las partes invierten recursos en la *partnership*, renuncian a su derecho separándose del uso de tales propiedades, las cuales se vuelven parte del patrimonio de la *partnership*, y se convierten en propiedad de todos los partners.

Participación de las ganancias obtenidas: Cada miembro de la *partnership* tiene el derecho de participar en las ganancias obtenidas y la responsabilidad de responder de las pérdidas. El acuerdo de la *partnership* debe delimitar la forma en que se distribuirán las ganancias y las pérdidas, pudiendo pactarse incluso que algunos participen en las utilidades sin responder de las pérdidas. Sin embargo, si en dicho acuerdo se establece exclusivamente la forma en que se distribuirán las ganancias, ignorando las pérdidas, éstas serán distribuidas en la misma forma que las ganancias.

1.1.4 ACUERDOS EN LA PARTNERSHIP

Aunque un acuerdo dentro de la *partnership* puede realizarse en forma oral, es preferible que el acuerdo que da origen a la misma se haga por escrito, para evitar malos entendidos y disputas entre las partes respecto de la naturaleza y términos del contrato. De esta forma, podemos mencionar entre los principales puntos que debe contener dicho acuerdo, a los siguientes:

- Nombre y dirección de las partes que forman el negocio.
- Lugar donde se localiza el negocio.
- Fecha efectiva de constitución de la *partnership* y duración de la misma.
- Naturaleza del negocio.
- Derechos y obligaciones de las partes.
- La inversión realizada por cada una de las partes.
- Lo relacionado al aspecto contable de la *partnership*.
- Los porcentajes en que se repartirán las ganancias y pérdidas y diferencias en el capital y contribuciones de cada parte.

- Los pagos garantizados a las partes.
- Un mecanismo para la solución de controversias, etc.

1.2 NATURALEZA JURÍDICA DEL JOINT VENTURE

Desde un inicio, se generó una polémica sobre la naturaleza jurídica de esta figura, en relación a si se trataba de una entidad nueva o una *partnership* o por lo menos una forma de ella. La problemática se suscita cuando el joint venture es incorporado al derecho inglés sin realizar una distinción de la *partnership*.

En primer término podemos señalar que su origen es contractual, puesto que no se realizó formulación legal alguna al respecto.

“Una regla general que se ha utilizado en un primer momento para caracterizarlos es que su creación se relacionaba con un solo emprendimiento, a diferencia de la *partnership*, que obedecía a negocios de carácter más general y duraderos en el tiempo.”⁵

Algunos autores⁶ señalan diferencias de carácter procesal, en relación al ánimo de lucro, o en ver si compartir las deudas es una característica esencial de ambas figuras. No obstante todas las diferencias señaladas entre ellas, es importante destacar el origen y evolución histórica del joint venture a partir de la *partnership*, ya que nos ayuda a comprender el carácter esencialmente contractual de esta figura que no busca la creación de una sociedad como la que conocemos en el sistema romano germánico, sino que las partes más bien tienen el propósito de conseguir objetivos comunes manteniendo su autonomía. Así es precisamente, que con base en la jurisprudencia norteamericana se desarrolla paulatinamente otro tipo de joint venture, conocido como “equity joint venture”, que sí da lugar a la creación de un tipo de sociedad *sui generis*, sin ser este *animus societatis* un

⁵ MARZORATI, Osvaldo J., Alianzas estratégicas y joint ventures, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1996, p. 74.

⁶ SEGAL, Joint adventures. The sharing of losses dilemma, “University of Minnesota Law Review”, p. 432. Idem.

criterio básico en la formación de un joint venture, toda vez que su naturaleza es la de un acuerdo de carácter contractual.

Aníbal Sierralta Ríos, señala respecto del carácter contractual del Joint Venture, que éste tiene tal carácter en virtud de que se trata de “un acuerdo de voluntades con el propósito de conseguir, en conjunto, objetivos de los propios participantes manteniendo su autonomía. Cuando se da la creación de una persona jurídica aparte, es más por necesidad o para satisfacer exigencias externas o aun inquietudes legislativas, cuando no desconocimiento, que por real naturaleza de la operación”.⁷

Como se puede observar, el Joint Venture es una figura típicamente contractual, y su propio esquema no corresponde al de una sociedad, pues lo que motiva a las partes, en la mayoría de los casos, a realizar este tipo de operaciones, es vincularse en una relación contractual de carácter temporal (sin ser por esto de corta duración), conservando su autonomía.

1.2.1 ORÍGENES Y EVOLUCIÓN

Como se ha señalado en puntos anteriores, el joint venture comienza a tomar forma en Inglaterra, aunque en forma un tanto limitada, ya que el sistema de derecho inglés no admitía a plenitud el joint venture, pues únicamente se enfocaba a una particular o especial partnership; teniendo incluso que articularse la Limited Partnership Act para resolver los casos relacionados con la limitación de responsabilidad.

Es más bien en los Estados Unidos de América que esta figura se consolida y toma forma a través de la práctica comercial. Durante el Siglo XIX los joint ventures jugaron un papel preponderante en actividades como la navegación, ferrocarriles, minería y exploración petrolera.

⁷ SIERRALTA RÍOS, Aníbal. Op. Cit., p. 53.

Después de la Segunda Guerra Mundial las naciones requerían de instrumentos que hicieran crecer a las industrias que por motivo de la guerra se habían paralizado, por lo que la difusión y utilización del joint venture aumentan al grado que Berg, Duncan y Friedman registran 2,282 casos de creación de “una empresa constituida por dos o más entidades separadas, que a su vez son empresas, y que se reparten la propiedad típicamente sobre la base de las cuotas accionarias controladas”.⁸

Durante los 50's las aventuras conjuntas empezaron a ganar popularidad en los Estados Unidos y para 1959 había al menos 345 operadas por mil de las más grandes corporaciones existentes.⁹

Pero no es sino hasta la década de los setentas que el joint venture se internacionaliza, registrando un incremento notable de 1974 a 1982, donde empresas estadounidenses deciden utilizar al joint venture como estrategia de negocios.

En Brasil hubo un marcado interés por esta figura en la década de los setentas, donde numerosos autores o empresarios brasileños se hacen a la tarea de promover al joint venture como instrumento de atracción de capital extranjero y a su país como huésped natural para la creación de joint ventures.

Asimismo, podemos ver que países como China, Corea, Singapur o Taiwán han logrado en muchos casos a través de un joint venture, establecer fábricas que producen a un costo menor al de otros países, lo que ha generado a esos países una industrialización tremenda que se ha mantenido en los últimos años.

⁸ S, V, BERG, J. DUNCAN, P. FRIEDMAN. Joint venture strategies and corporate innovation. Oelgeschaler, Gunn & Hain Publ., 1982, p. 3. Citado por SIERRALTA RÍOS, Aníbal. Op. Cit., p. 50.

⁹ GÓMEZ SOTO, Denise y COLLADA RAMÍREZ, Ma. Teresa, Aventuras conjuntas Joint Ventures “Nuevas formas de asociación en negocios nacionales e internacionales”, ITAM, México, 1993, p. 17.

En México, podemos hablar del desarrollo del Joint Venture a partir de la década de los setentas, época en la que comenzó a utilizarse principalmente por inversionistas extranjeros como respuesta a las limitaciones que en nuestro país existían para la inversión extranjera. Por lo cual unirse por medio de una Joint Venture con socios mexicanos en muchas ocasiones era la única vía para entrar al Mercado Mexicano.¹⁰

A partir de la apertura comercial realizada por México en los últimos años, se han celebrado una serie de tratados que permiten la inversión extranjera en prácticamente todos los sectores económicos del país, y el joint venture sigue siendo utilizado como estrategia de negocios por empresas mexicanas y extranjeras en la realización de proyectos de diversa naturaleza. Valga mencionar el reciente Joint Venture que a partir del mes de julio de 2002 comenzó a operar en suelo mexicano, entre las empresas Denso Corp y GAC Corp, para producir partes de sistemas de aire acondicionado, y así reducir costos. La resultante de esta unión recibió el nombre de GAC Corp de Mexico SA de CV y cuenta con un capital de \$9.68 millones de dólares (aproximadamente 90 millones de pesos). El 51% del capital es provisto por GAC Corp y el 49% por Denso.¹¹

Igualmente, Cemex pretende expandir operaciones de concreto en la región sureste de EUA por medio de un joint venture. Cemex anunció sus planes para crear un joint venture con Ready-Mix USA, compañía privada de concreto y materiales con sede en Alabama, que sirve al sureste de EUA. Bajo las condiciones del acuerdo, Cemex contribuirá con dos plantas de cemento (Demopolis, Alabama y Clinchfield, Georgia) que totalizan una capacidad de 1.7m de toneladas, once terminales de cemento y varias operaciones de materiales en

¹⁰ W. GORDON, Michael, The Joint Venture an Institution for Mexican Development. Arizona State University E.U.A. 1978, p. 173.

¹¹ Terra, Noticias, Obtenido en la red mundial el 12 de mayo de 2005:
<http://www.terra.com.mx/noticias/articulo/072389>

Florida. Por su parte, Ready-Mix USA contribuirá con sus operaciones de concreto y agregados a lo largo del sureste.¹²

Así, observamos que desde los años setenta que inicia esta tendencia de interés por los joint ventures no se ha detenido, y actualmente representa una de las mejores alternativas con las que cuentan las empresas que deseen invertir en el mercado nacional o bien en el ámbito internacional. De tal forma que hoy en día nos encontramos con un buen número de proyectos notables que han optado por esta opción como forma de operar en todo tipo de actividades.

1.2.2 APROXIMACIÓN AL JOINT VENTURE

Para dar un concepto adecuado de joint venture, se deben tener en cuenta algunos criterios básicos, tomando como punto de partida las relaciones económicas y comerciales del Common Law y sin tratar de alejarse de dicho sistema. Es cierto que existen autores con diversos puntos de vista sobre los criterios que han de considerarse para delimitar un joint venture, pero al final todos los criterios convergen en un mismo punto.

“Así, de la práctica y la jurisprudencia americana podemos apreciar cuatro criterios básicos que creemos pueden acercarnos a la delimitación de lo que es una operación de joint venture, a saber:

- Carácter contractual, con ausencia de una forma específica.
- Propiedad y riesgos compartidos.
- Derecho de los participantes, independientes entre sí, a la gestión conjunta.
- Objetivos y plazos limitados.”¹³

¹² Global Equity Research, Obtenido en la red mundial el 4 de junio de 2005: www.comfin.com.mx/comunicados/ixe/05/jn/CEMEX.pdf

¹³ SIERRALTA RÍOS, Aníbal. Op. Cit., p. 52.

“La opinión de SEGAL es que constituyen elementos esenciales de un joint venture los siguientes:

- a) Un negocio determinado o único.
- b) El derecho de un control mutuo o el derecho de opinar en la administración.
- c) Un aporte conjunto y una comunidad de intereses en dichos bienes.
- d) La expectativa de derivar un lucro.
- e) El derecho conjunto de participar en las utilidades.”¹⁴

Por su parte, Cabanellas considera como elementos definitorios del contrato de joint venture a los siguientes:

- “a) Una combinación de las estructuras u operaciones empresariales de distintas personas, mediante contratos expresos o implícitos. Estos contratos pueden ser societarios, asociativos o plurilaterales, o tener otras características.
- b) Cualquier tipo de aportación a la empresa o negocio común.
- c) Una expectativa de utilidad o de beneficio económico y un derecho, expreso o implícito, a participar en las utilidades o beneficios.
- d) Especificidad y limitación del objeto o fin común.
- e) Participación sólo parcial de las empresas que colaboran entre sí, que mantienen su identidad.”¹⁵

Como se puede observar de lo anterior, hay ciertos criterios que no consideran al lucro como un elemento definitorio del joint venture, pues más bien lo ven como una consecuencia, más no como el fin mismo de la operación. Otros autores discuten sobre si el compartir o no las deudas son una característica esencial para la existencia del joint venture. Lo cierto es que las propias

¹⁴ SEGAL, Joint adventures. The sharing of losses dilemma, “University of Minnesota Law Review”, p. 435. Citado por MARZORATI, Osvaldo J. Op. Cit., p. 76.

¹⁵ CABANELLAS DE LA CUEVA, Guillermo, Contratos de colaboración empresarial, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1987, pp. 12 y 13.

características de esta figura, lo hacen un mecanismo muy útil en la realización de proyectos donde ambas partes son complementarias una de la otra.

1.2.3 DEFINICIÓN DEL JOINT VENTURE

En nuestro sistema jurídico, no existe algún término que nos permita comprender en su totalidad todos los aspectos que por sí sola implica esta figura, razón por la cual el término de joint venture no se ha desligado aún de su denominación originaria anglosajona, ni ha adoptado un término más arraigado a nuestro sistema jurídico como ha sucedido con otras figuras. Aunque es frecuente escuchar que el término se utilice como sinónimo de sociedad, asociación, fusión o consorcio, es conveniente establecer que se trata de figuras distintas, que aun cuando presentan similitudes entre sí, tienen un encuadre jurídico diferente y características distintas, como lo analizaremos en el siguiente capítulo.

De esta forma, podemos traducir el término de Joint Venture de la siguiente manera: así JOINT significa unión, empalme, conjunción; y VENTURE, proviene de adventure, una aventura, empresa o proyecto. Es decir, una aventura conjunta, un proyecto conjunto, una empresa en común. En este sentido, podemos decir que Joint Venture implica una reunión de fuerzas entre dos o más empresas del mismo o de distintos países, para la realización de un proyecto en común, asumiendo las partes el riesgo que lleva implícita la realización de una nueva operación; aunque se habla de un riesgo estimulante, ya que bajo determinadas circunstancias dicho riesgo puede conducirnos al éxito o fortuna.

Andrea Astolfi conceptúa al joint venture como “un contrato en comunión de finalidad, en el cual la comunidad de intereses no se manifiesta en relación al medio que ha elegido para realizar el objetivo que satisfaga las motivaciones particulares de los contrayentes sino en el cumplimiento mismo, cuya realización satisface contractualmente los intereses particulares de los co-venturers”.¹⁶

¹⁶ ASTOLFI, Andrea, El contrato internacional de Joint Venture, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1981, p. 1647.

El joint venture no es un contrato que tenga por finalidad realizar una fusión de empresas, sino que une a las partes en un negocio común creándose una relación de confianza y buena fe, donde cada parte actúa como propietario o agente de lo demás, por lo que el compromiso de uno es el compromiso de todos.

Por su parte Van Hilten lo define como “forma de colaboración entre empresas que conservan su independencia, ampliada eventualmente a otros sujetos económicos, y que se realiza en el seno de una empresa común totalmente diferenciada, mediante aportación de know-how y una participación en el capital social”.¹⁷

“Las joint ventures son contratos celebrados entre dos o más empresas por los cuales 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”.¹⁸

Para Marzorati los joint ventures son “contratos de colaboración entre empresas que se complementan en la formulación de nuevos proyectos. Pueden crearse sociedades independientes (equity joint ventures) o no (joint ventures contractuales). En estas últimas, la unión se basa como en las alianzas en un contrato que preside la creación, gestión y disolución del joint venture, pero que constituye, al menos, una empresa común en sentido económico.”¹⁹

En todas estas definiciones existen elementos debatibles, como si el joint venture debe ser una sociedad y si necesariamente debe perseguir el lucro. “Pero básicamente y en una apretada síntesis podríamos decir que el Joint Venture no

¹⁷ Van Hilten, *Joint Ventures*, Ámsterdam, 1968. Citado por GUARDIOLA SACARRERA, Enrique. *Contratos de Colaboración en el comercio internacional*, Barcelona, 1998, p. 299.

¹⁸ GINEBRA SERRABOU, Xavier, *Alianzas estratégicas o, Joint Ventures*, Ed. Themis, México, 2000, p. 8.

¹⁹ MARZORATI, Osvaldo J. *Op. Cit.*, p. 76.

es otra cosa que un contrato de agrupación que establece la coparticipación de dos o más sociedades en operaciones civiles o comerciales, con división de trabajo y responsabilidades.”²⁰

1.2.4 CARACTERÍSTICAS DE LAS JOINT VENTURES

De los autores consultados, nos parecen interesantes las clasificaciones propuestas por autores tanto latinoamericanos como anglosajones, hechas fuera de un ámbito tradicional y que buscan englobar sus aspectos más importantes.

Sergio Le Pera formula una clasificación un tanto compleja de las características del joint venture, de la siguiente forma:

- “a) Carácter Ad Hoc del Joint Venture por estar destinado básicamente a un único proyecto, sin ser por eso de corta duración, pero sí de duración limitada;
- b) Contribuciones y comunidad de intereses;
- c) Búsqueda de utilidad común;
- d) Contribución para las pérdidas;
- e) Facultad recíproca para representar y obligar a la otra parte (*mutual agency*);
- f) Control conjunto de la empresa;
- g) Naturaleza fiduciaria del relacionamiento;
- h) Deber de no concurrencia entre los socios.”²¹

²⁰ ZALDÍVAR, Enrique, Contratos de colaboración empresaria, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993, p. 21.

²¹ LE PERA, Sergio, Op. Cit., pp. 74 a 79.

Autores como Linklater & Paines realizan dos clasificaciones, la primera basada en la práctica inglesa:

- a) Búsqueda de un objetivo comercial común, pudiendo las partes tener papeles, intereses y funciones diferentes pero convergentes;
- b) Poder de regateo que permite un sistema de control y equilibrio que asegura a una parte menor o menos poderosa, mayor poder que el de un simple accionista minoritario de una empresa inglesa;
- c) Partición de los riesgos y recompensas, en que la formulación es más amplia porque no siempre los beneficios para las Joint Ventures podrían ser dimensionados en términos de ganancias o pérdidas.

La segunda clasificación es substraída de la práctica norteamericana:

- a) Emprendimiento único;
- b) Derecho conjunto al control;
- c) Partición de ganancias y pérdidas.²²

Por su parte Luis Olavo Baptista realiza una clasificación de las Joint Ventures Internacionales incluyendo sus factores más comunes:

- a) El origen o carácter contractual, con ausencia de forma específica;
- b) Naturaleza asociativa;
- c) El derecho de los participantes a la gestión conjunta.
- d) El objetivo o duración limitados.²³

²² COLAIACOVO, Juan Luis y otros, Joint ventures y otras formas de cooperación empresaria internacional, Ed. Macchi, Buenos Aires, 1992, p. 80.

²³ BAPTISTA, Luis Olavo, Les association entre enterprises (joint ventures) dans le commerce International, Paris, 1992, p. 19.

1.3 TIPOS DE JOINT VENTURES

En los últimos años, ha existido la tendencia de ampliar el ámbito de los Joint Ventures, por lo que se han creado diversos tipos como reflejo del creciente número de acuerdos de cooperación empresaria y científica.

Así, en el comercio internacional se conoce con el nombre de joint venture a gran variedad de contratos en los cuales las partes participan tanto en los riesgos como en las utilidades de un negocio o proyecto.

Javier Arce Gargollo considera que existen 3 tipos de Joint Venture, que son el Agreement, Corporation y Contractual. Estando íntimamente ligado el primero con el Joint Venture Corporation, puesto que para su celebración se requiere que las partes realicen negociaciones en torno a su objeto, aportaciones, funcionamiento, etc, función llevada a cabo por medio del Joint Venture Agreement. De tal manera que al celebrar el Joint Venture Agreement, se estructura el funcionamiento del Joint Venture Corporation, por lo que su objeto sería también la celebración de este. Por consiguiente ambos están unidos, porque de uno va a depender la celebración del otro.

Para comprender mejor el tema, analizaremos brevemente cada uno de los tipos de Joint Ventures señalados.

1.3.1 JOINT VENTURE AGREEMENT

Javier Arce Gargollo lo define como “aquel contrato por el que dos o más partes se obligan, dentro de un plazo, a constituir una o varias sociedades, a participar de una sociedad, negocio o empresa existente y a celebrar otros contratos jurídicos relacionados y en el cual se determinan los elementos

esenciales de sociedad, negociación y contratos relacionados, y las aportaciones a que cada parte se obliga.”²⁴

En este tipo de Joint Venture las partes participan conjuntamente en un negocio en común, estableciendo las reglas necesarias para el funcionamiento del mismo y celebrando contratos adicionales para tal efecto.

Las partes buscan conjuntar los intereses particulares de cada uno de los socios para aumentar la eficacia del negocio, pactando diversos mecanismos que influirán de manera definitiva en la vida de la sociedad y en el manejo de las operaciones, sin que se pueda entender como un documento equiparable a los estatutos sociales que establece la Ley General de Sociedades Mercantiles, ya que en estos se plantea la forma de organización administrativa y contable, mientras que en el Joint Venture Agreement, se pactarán situaciones particulares que no podrían contemplarse en los estatutos en razón de su extensión y en ocasiones de su confidencialidad.

Al respecto Marzorati considera que el Joint Venture Agreement existe siempre, tanto en el unincorporated como en el incorporated joint venture. “La diferencia radica en que en el primer caso no se constituye un sujeto de derecho diferente a los partícipes, aunque sí nace un emprendimiento económico, mientras que en el segundo se conviene la creación de un instrumento, corporation, que servirá de vehículo para llevar a cabo los fines subyacentes en el joint venture agreement.”²⁵

1.3.2 JOINT VENTURE CORPORATION (EQUITY JOINT VENTURE)

Friedman y Bequin, definen a los joint ventures societarias como una empresa en la cual dos o más partes, que representan a uno o a varios países

²⁴ ARCE GARGOLLO, Javier, Contratos Mercantiles Atípicos, Ed. Porrúa, México, 2001, p. 351.

²⁵ MARZORATI, Osvaldo J. Op. Cit., pp. 146 y 147.

desarrollados y a uno o varios países en vías de desarrollo, comparten los riesgos financieros y la toma de decisiones por medio de una participación conjunta de capitales en una empresa común. Las joint ventures societarias son las que contienen una inversión de riesgo, son emprendimientos conjuntos permanentes (no tienen temporalidad) e implican la constitución de un nuevo ente societario.²⁶

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) define al Joint Venture Corporation como una “asociación entre dos o más empresas con objeto de realizar en común una determinada actividad a través de una nueva entidad creada y controlada por los participantes.”²⁷

El Joint Venture Corporation implica la participación de dos o más empresas en la constitución de una persona jurídica nueva o en la participación de una persona moral ya existente, en la cual cada una de ellas es propietaria de un porcentaje del capital social. Los derechos y obligaciones de las partes se estipulan en un contrato privado entre accionistas y en los estatutos sociales de la persona jurídica creada como resultado de su celebración. De tal forma se puede apreciar que al hablar de “Corporation” nos estamos refiriendo a la presencia de una persona moral y no a un convenio entre socios.

En la práctica, la Joint Venture Corporation presenta características que la separan de la Joint Venture propiamente dicha. Mientras que ésta última se dirige a una operación o negocio determinado, no siendo susceptible de continuarse indefinidamente, la Joint Venture Corporation puede durar indefinidamente y aplicarse en el tiempo a distintas operaciones, renovándose el término original del contrato. La conveniencia de celebrar esta clase de sociedad va a depender de varios factores, como la naturaleza del proyecto a realizar y la legislación societaria aplicable en el país de implantación.

²⁶ COLAIACOVO, Juan Luis y otros. Op. Cit., p. 163.

²⁷ OCDE, Glossary of terms relating to restrictive business practices, París, 1965. Citado por GUARDIOLA SACARRERA, Enrique. Op. Cit., p. 299.

1.3.3 JOINT VENTURE CONTRACTUAL (NON EQUITY JOINT VENTURE)

En este tipo de Joint Venture centraremos nuestra investigación, pues es el que consideramos más útil para encaminar los flujos de inversión extranjera a México, por medio de la colaboración entre empresas mexicanas y europeas, para el desarrollo de proyectos de diversa naturaleza, llámense comerciales, científicos, tecnológicos, educativos, deportivos, etc., que en forma individual no tendrían la posibilidad de realizar y sin que esta colaboración conjunta implique la creación de un ente jurídico nuevo.

Para Carlos Gherzi el Joint Venture Contractual “es aquel por el cual el conjunto de sujetos de derecho (Nacionales o Internacionales) realizan aportes de las más diversas especies, que no implicarán la pérdida de la identidad e individualidad como persona jurídica o empresa, para la realización de un negocio en común, pudiendo ser éste desde la creación de bienes hasta la prestación de servicios, que se desarrollará durante un lapso de tiempo limitado, con la finalidad de obtención de beneficios económicos”.²⁸

Cabe puntualizar el hecho de que cuando hablamos de un contractual joint venture, nos estamos refiriendo a un contrato temporal, aunque no por esto de corta duración, en razón del cual dos o más personas jurídicas del mismo o de diferentes países, participan de manera conjunta en la realización de un negocio en común, uniendo sus esfuerzos, recursos, capacidades, tecnologías y compartiendo los riesgos que implica la realización de un proyecto, sin dar lugar a la creación de una persona jurídica distinta de las que intervienen.

Existe una gran cantidad de negocios locales e internacionales en los que resulta más provechoso desarrollar Unincorporated Joint Ventures, por varias razones, algunas de carácter puramente fiscal o sencillamente por la conveniencia

²⁸ GHERSI, Carlos, Contratos Civiles y Comerciales, Buenos Aires, 1990, p. 516.

de celebrar un contrato del que las partes se pueden retirar con relativamente más facilidad que de haberse obligado mediante la creación de una sociedad, por estar prevista contractualmente su rescisión y sin tener la necesidad de disolver una persona jurídica. Otro caso sería el de empresas que no necesariamente deban como objetivo lograr un lucro.

En el orden internacional, resulta conveniente la celebración de este tipo de contratos en el desarrollo de proyectos de investigación de nuevas técnicas o productos, en los que puede ser aconsejable el efectuarlos con partícipes de diferentes países por varias razones. Por ejemplo, la materia prima en un país en desarrollo es más barata y existe en abundancia, pero estos países requieren de la tecnología y del management con que cuentan los países desarrollados, que a su vez necesitan de la materia prima y la mano de obra con las que cuenta el país en desarrollo. Por lo que unir fuerzas en el desarrollo del proyecto es más que aconsejable para ambos; aunado esto a consideraciones ambientales y laborales que hacen aconsejable, por razones de costo, el ubicar ciertos proyectos en países en desarrollo.

En caso de no existir una legislación específica que imponga una forma societaria en dicho país, los partícipes del negocio pueden optar por un Joint Venture Contractual para desarrollar el proyecto, en el cual cada uno asumirá un rol a desempeñar. Por ejemplo, una empresa se encargará de proporcionar la tecnología, el management y la asistencia técnica, otra la infraestructura de planta local y el personal, y otra la materia prima que requiera el proyecto conjunto y recursos monetarios acordados para el desarrollo del proyecto. Lo anterior en razón de que existe una comunidad de intereses.

Las ventajas de adoptar esta decisión son ilustradas por Marzorati de la siguiente manera:

- “Cada parte es sólo responsable de su propia actividad y no de la de los otros. No se asume responsabilidad frente a terceros, sino en la medida de la unanimidad de las decisiones.
- Se participa en la cogestión del joint venture mediante un acuerdo de management o acuerdo operativo, en virtud del cual los diferentes socios requieren la unanimidad para tomar decisiones de inversión, aunque puedan confiar la administración en un socio.
- Se limita el riesgo financiero, ya que cada partícipe no puede ser obligado a invertir más dinero del que fue comprometido, e incluso es lícito pactar no contribuir con las pérdidas.
- Los aportes se valorizan y se recompensan con un porcentaje diferencial de las ganancias, sin perjuicio de la regla de la unanimidad.
- No existe el voto privilegiado: cada partícipe tiene el mismo voto.
- El riesgo de dilución, típico de las sociedades que frente a aumentos de capital privilegian al más fuerte en desmedro del más débil, está severamente acotado.
- En caso de desacuerdo es lícito retirarse. Para ello se pactan mecanismos de salida, con resolución parcial del contrato si las diferencias son insalvables. Generalmente se arbitran las diferencias, con penalidades específicas para el perdedor.”²⁹

Además, existen otros proyectos en los que por su costo se hace conveniente compartir el riesgo con otras empresas, incluso competidoras, por lo que es utilizado por muchas grandes empresas en la investigación o en el desarrollo de productos.

²⁹ MARZORATI, Osvaldo J. Op. Cit., p. 138.

Otra fuente para la utilización del joint venture contractual, que va muy relacionada con la presente investigación, la constituye la inversión extranjera en países en desarrollo, como es el caso de México, en los que el inversor extranjero pacta con el Estado, o con una agencia o sociedad del Estado, un contrato de inversión para la realización de un proyecto específico, como la ejecución de una obra pública de suma importancia.

Las anteriores razones combinadas a ventajas fiscales, han dado origen a las llamadas alianzas estratégicas, en las que empresas competidoras en un mismo mercado, les resulta conveniente ser aliados entre sí o con un tercero, y aprender las técnicas empresariales del adversario circunstancial.

Resultaría un tanto complicado definir las ventajas y motivaciones que representa para una empresa la celebración del Equity Joint Venture en comparación con el Contractual, y al respecto Sergio Le Pera entiende que: “Si el proyecto requiere una inversión significativa en bienes del activo fijo (plantas, equipamientos) cuya amortización habrá de producirse de manera más o menos lineal a lo largo de un período prolongado, la creación de una sociedad ad hoc es no sólo aconsejable sino en algunos casos probablemente necesaria. Un caso típico es la instalación y operación de una planta industrial, principalmente de manufacturas. En el extremo opuesto se encuentran los proyectos que exigen una fuerte inversión de capital (quizá cientos de millones de dólares) durante un período breve (tal vez pocos meses), inversión que se espera será recuperada (si se recupera) con más la utilidad (si la hay) en un plazo también breve. Entonces lo conveniente será celebrar un Joint Venture Contractual”.³⁰

³⁰ LE PERA, Sergio, Op. Cit., p. 84.

1.3.3.1 CARACTERÍSTICAS DEL JOINT VENTURE CONTRACTUAL

Las características del Joint Venture resultan prácticamente similares en la doctrina y en la práctica de los distintos países, pero no encontramos una clasificación que contemple específicamente las características del joint venture contractual, por lo que a partir de los elementos más comunes a esta figura podemos rescatar como sus principales características a las siguientes:

- Se trata de un acuerdo entre dos o más partes con el objeto de desarrollar un proyecto conjunto de producción, construcción, reparación, investigación y desarrollo tecnológico, financiero, de consultoría o de algún otro tipo de servicio. Dicho acuerdo no tiene la finalidad de crear una persona jurídica distinta de las que participan, no existe el animus societatis o la intención de crear una sociedad, como sucede en el Joint Venture Corporation.
- Las partes contribuyen con recursos, infraestructura, tecnología, maquinaria, equipo, mano de obra, management, estrategias de mercado, derechos de propiedad industrial e intelectual, etc., para el logro de objetivos comunes, por lo que existen contribuciones y comunidad de intereses.
- Las partes participan de las ganancias o utilidades obtenidas, pero también afrontan las pérdidas que pudiera tener el negocio, es decir existe una distribución de los riesgos. Aunque de acuerdo con la jurisprudencia norteamericana no es un requisito esencial para la existencia de un joint venture que las partes acuerden el dividirse las pérdidas.
- Existe un control conjunto de las operaciones y decisiones del proyecto, aún cuando alguno de los partícipes delegue ese control en los demás partícipes.
- Cada uno de los co venturers tiene facultad para obligar a los demás y sujetarlos a responsabilidad frente a terceros en cuestiones que estén estrictamente dentro del ámbito del objeto del contrato. Por lo tanto, una de

las partes puede obligar a cualquiera de las demás, siempre y cuando dicha obligación recaiga sobre el objeto y fin a que se encuentra destinada.

- Está destinado generalmente a un proyecto único, sin ser por esto de corta duración, la cual dependerá directamente del negocio a realizar. Aunque su propia naturaleza lo hace estar limitado a un proyecto, empresa o negocio y que no sea indefinido en su duración y operación.

1.4 ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL JOINT VENTURE

Una de las prioridades dentro de las relaciones internacionales de los últimos años ha sido la de realizar una Integración Económica, a través de la reunión en bloques económicos que faciliten el comercio internacional que haga posible el crecimiento económico de los países. Dicha Integración ha llevado a los empresarios a colaborar conjuntamente con otras empresas, ante la presión de la competencia tanto nacional como internacional y el requerimiento de mejores tecnologías, aprovisionamiento, inversión, etc., con el fin de no quedar fuera del terreno de los negocios y desaparecer. El mejor ejemplo de esta Integración es el proceso gradual de formación de un gran mercado común dentro de la Unión Europea, donde además de circular libremente las mercancías, también lo hacen los trabajadores, los capitales y los servicios; y en el cual se han incrementado el número de alianzas estratégicas, principalmente Joint Ventures, no sólo entre empresas de países integrantes de la Unión Europea, sino también entre empresas de países no miembros de la Unión con empresas de países miembros. De todo esto podemos observar que “los sistemas de integración sirven como elementos facilitantes para el ingreso o penetración de un producto en uno o varios mercados de una región, y en consecuencia, las empresas desarrollan Joint Ventures para servir a esos mercados.”³¹

³¹ COLAIACOVO, Juan Luis. Op. Cit., p. 258.

De igual forma en escenarios económicos como el Foro de Cooperación Económica del Pacífico Asiático (APEC), se desarrollan Joint Ventures entre Japón y firmas de Indonesia, Malasia y Tailandia.

También países asiáticos de reciente industrialización como Corea, Hong Kong, Singapur y Taiwán han experimentado un desarrollo industrial significativo, en muchos casos, a través de la formación de Joint Ventures para producir bienes de alta tecnología.

En la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, de igual manera se prevé la cooperación empresarial a través de Joint Ventures para:

- Investigación y desarrollo;
- Exploración de recursos minerales;
- Ingeniería y construcción
- Compra y venta
- Servicios.

En América Latina, se han desarrollado un buen número de Joint Ventures en escenarios económicos como el MERCOSUR, principalmente entre empresas argentinas y brasileñas en industrias como la automotriz, carrocería, química, cervecera, de la construcción, servicios financieros, etc., y se espera que se profundice el proceso de cooperación empresarial entre firmas de los cuatro países miembros. En México, se han desarrollado con éxito algunos Joint Ventures en virtud de la cercanía con el mercado estadounidense³². También países de América Central y del Caribe han implementado Joint Ventures para aprovechar sistemas creados para facilitar el acceso a mercados desarrollados de América del Norte, Europa, Asia y Oceanía. Otros países como Ecuador,

³² Ej. OfficeMax México es el resultado de la co-inversión (joint-venture) formada por Grupo Oprimax y OfficeMax Inc. de los Estados Unidos. En 1996, OfficeMax México inicia operaciones, abriendo su primera tienda OfficeMax San Jerónimo el 13 de septiembre de este año. Obtenido de la red mundial el 3 de julio de 2005: <http://www.officemax.com.mx/store/infocorp.aspx>

Colombia, Bolivia, Venezuela y Chile registran un ritmo interesante de formación de emprendimientos conjuntos en sectores como el minero, forestal, celulosa, alimentario, frutícola, vinos y licores, pesquero, telecomunicaciones, financiero, turismo, etc.

En términos generales, los Joint Ventures han sido utilizados para una gran cantidad de proyectos, tales como la navegación, pesca, empresas comerciales en general, explotación agropecuaria, cría y venta de vacunos, construcciones, compra y venta de propiedad inmueble y la construcción y operación de hoteles, departamentos y proyectos similares, etc.

Los Joint Ventures también son útiles en proyectos conjuntos organizados para realizar investigaciones en donde las partes se procuran cooperación técnica y científica. En muchos casos, los países celebran un contrato de esta naturaleza donde se comprometen a promover la cooperación técnica y científica, para lo cual las partes pueden crear un Joint Venture para el desarrollo de proyectos conjuntos.

Con alguna frecuencia, los Joint Ventures también se han empleado en la construcción de proyectos importantes, tales como autopistas, túneles, puentes y otras estructuras, servicios públicos o sistemas de transmisión televisiva. A menudo servicios de carácter personal son combinados contractualmente para crear un joint venture, incluyendo la prestación de servicios legales conjuntos y el desarrollo, promoción y venta de patentes, marcas y derechos de autor. La producción de obras de teatro y otros espectáculos públicos, tales como sistemas de transmisión por televisión son frecuentemente financiados a través de un contrato de joint venture.³³

³³ Williston, A Treatise on the Law of Contracts, n° 319 y 319 B. Citado por LE PERA, Sergio, Op. Cit., pp. 82 y 83.

De tal manera que para muchas empresas de países desarrollados, el modelo global de sus estrategias internacionales, pasa en buena medida por inversión en el exterior por medio de la conformación de empresas o negocios conjuntos. A la inversa, muchas empresas de países en desarrollo, van inclinándose a la cooperación y la asociación internacional con firmas de otros países, por la necesidad que tienen de capital, financiamiento, tecnología, know how, equipamiento, recursos naturales, management o acceso a mercados internacionales, etc.

1.5 COLABORACIÓN DE EMPRESAS

“A poco de comenzar la llamada “era industrial”, es decir a partir del primer tercio del siglo XIX, se operó un cambio en las relaciones comerciales, el que se profundizó luego de los acontecimientos políticos, económicos y sociales que siguieron a la primera guerra mundial.

Tales cambios, impulsados por una nueva realidad que requería respuestas originales, determinaron decididamente la construcción de un nuevo modelo de economía, al cual el derecho no pudo permanecer indiferente. Por el contrario, por necesidades de adaptación, nacieron institutos jurídicos, originándose a su vez un nuevo orden jurídico como instrumento del nuevo orden económico primero y después como instrumento para su mantenimiento.

Los cambios producidos impulsaron un crecimiento notable de las empresas y sociedades comerciales y en general, de las operaciones que comportaban grandes inversiones de capital. Ello, sumado a factores de competencia y lucha de predominio mercantil, originó lo que podría denominarse la revolución empresarial, en la búsqueda de un adecuado dimensionamiento para

alcanzar mayor eficiencia, a través de diversas formas de vinculaciones y uniones entre las empresas.”³⁴

Así, la colaboración o vinculación de empresas se fue presentando en los países desarrollados con la finalidad de dar a los empresarios la oportunidad de incursionar en nuevos mercados y de asegurarse el abastecimiento de materias primas, existiendo también la necesidad de buscar una estrategia de desarrollo que garantizase un equilibrio óptimo en relación a los cambios que pudieran suscitarse en un momento determinado, respecto a los precios, costos y disponibilidades en el mercado. En cambio, para los países en desarrollo la situación que motiva en algunos casos a la conformación de empresas conjuntas es otra, ya que ante la falta de recursos económicos para resolver los problemas financieros a que se enfrentan y lograr un desarrollo sostenido, han requerido constantemente de capital extranjero bajo las más diversas formas.

En el ámbito interno de los países, las empresas en muchos casos no son autosuficientes para desarrollar individualmente un proyecto, llámese industrial, comercial, tecnológico, científico, etc., debido entre otras causas, a la carencia de recursos, financiamiento, tecnología o bien de una estrategia que les permita ser más competitivas; de ahí la necesidad de conjugar esfuerzos para el logro de alguna finalidad difícil de alcanzar para la mayoría de las empresas en forma individual.

Conviene resaltar el hecho de que las necesidades de la sociedad actual, la integración económica y la participación de los países en la actividad económica internacional, son factores que coadyuvan favorablemente en la colaboración empresarial; razón por la cual las legislaturas de diversos países han tenido que introducir en su legislación figuras que puedan cumplir con las exigencias que las relaciones comerciales internacionales requieren.

³⁴ ROJO, Ángel, El derecho económico como categoría sistemática, Buenos Aires, 1982, p. 202. Citado por ZALDÍVAR, Enrique, Op. Cit., p. 17.

A continuación abordaremos brevemente la regulación jurídica que algunos países debieron adoptar para introducir estas formas de colaboración empresarial.

1.5.1 ESTADOS UNIDOS

La utilización masiva de los convenios de colaboración empresarial proviene de este país, como se indica en los análisis citados previamente, particularmente, en todo lo referente a la investigación y al desarrollo de tecnologías, productos o servicios sofisticados que exigen grandes inversiones, con eventuales pérdidas de lo invertido, si el resultado no es el esperado.

En la industria norteamericana, las joint ventures han sido empleadas en una gran variedad de industrias, como “las intensivas en capital como petróleo y gas, extracción de minerales, fabricación de maquinaria pesada y ligera. En las de productos diferenciables como las del entretenimiento y telecomunicaciones y en la de robótica. En las de servicios como los de cómputo, comunicación y sector financiero. En las globales como las de productos médicos, motores y automóviles.”³⁵

Estos ejemplos dan una idea del impacto que han tenido y continuarán teniendo las distintas formas de colaboración empresarial no sólo en este país, sino en el mundo entero.

1.5.2 ESPAÑA

A partir del año 1959, el sistema económico de España se vio afectado por una serie de medidas jurídicas tendientes a conseguir un doble objetivo: por un lado, liberalizar y flexibilizar los mecanismos del sistema imperante, para

³⁵ GÓMEZ SOTO, Denise y COLLADA RAMÍREZ, Ma. Teresa, Op. Cit., p. 32.

conseguir un necesario y racional desarrollo económico; por otro, situar su economía en línea con los sistemas económicos del resto de Europa.³⁶

En este contexto, se dictaron diversas leyes sobre asociaciones y uniones de empresas como la del 28 de diciembre de 1963, que establece una serie de disposiciones de índole fiscal que favorecen por diversos mecanismos a las formas de concentración de empresas, por considerarlas benéficas para su Economía. Esta ley de 1963 es complementada por la Ordenanza del 25 de Enero de 1964 y el Decreto del 25 de Noviembre de 1971.

En el año de 1982 se dicta otra ley que modifica parcialmente el régimen fiscal de agrupaciones y uniones temporales de empresas, definiendo en forma más precisa a las vinculaciones que regulaba la ley de 1963.

1.5.3 BRASIL

En Brasil, a pesar de haberse escrito un buen número de obras sobre Joint Venture, no existe una legislación específica que haga referencia a esta figura. Aunque algunos autores identifican en la ley sobre consorcios de 1976, rasgos de joint venture. Lo cual desde nuestro punto de vista es equívoco, por las razones que explicaremos en el siguiente capítulo al hacer un análisis de dicha figura.

Las operaciones de joint venture en Brasil, se han incrementado notablemente desde la década de los noventas, a raíz del MERCOSUR. Así, encontramos un número considerable de Joint Ventures entre Brasil y Argentina en varios rubros. “La empresa brasileña Mesa Electrónica y Sinuelo Inter Trading constituyó una joint venture corporation con la empresa argentina ESIMET, destinada a la fabricación de termas y calefacción. La empresa LACTA con la empresa argentina Georgalos celebraron un contrato en el área de desarrollo tecnológico y de distribución; en tanto que para la apertura de canales de

³⁶ ZALDÍVAR, Enrique, Op. Cit., p. 32.

comercialización se unieron Piazza de Argentina y Celite de Brasil, en el rubro de sanitarios. Otro ejemplo de joint venture es el contrato celebrado entre Agrícola De Wit y la compañía holandesa Dekker Management Beheer para producir 35 millones de crisantemos al año destinados a su exportación al mercado europeo. Este es un típico contrato motivado por los bajos costos de mano de obra que reducen en más de un 30% el costo total de la producción.”³⁷

1.5.4 ARGENTINA

En este país las formas contractuales en los negocios internacionales fueron reconocidas al promulgarse la Ley de Sociedades Comerciales, que permite la constitución de las agrupaciones de colaboración y las uniones transitorias de empresas.

“Las características principales de estas dos figuras son su aspecto contractual y la posibilidad de que pueden realizarse entre sociedades constituidas o no en Argentina y empresarios individuales que sí estén domiciliados. Tienen por objeto el desarrollo de una obra, servicio o suministro concreto dentro o fuera del país, pudiendo, asimismo, desarrollar o ejecutar las obras o servicios complementarios y accesorios al objeto principal. No constituyen sociedades comerciales ni son sujetos de derecho, pero sí constituyen un fondo común operativo y sus miembros componentes financian o sufragan las actividades comunes. Tienen un representante común con poderes suficientes de sus miembros para ejercer los derechos y contraer las obligaciones que convengan al desarrollo o ejecución de la obra. Mas la nota distintiva es que no tienen un carácter societario ni personalidad jurídica.”³⁸

³⁷ SIERRALTA RÍOS, Aníbal. Op. Cit., p. 379.

³⁸ Idem.

En relación al joint venture contractual, tal como se entiende, se concibe en el derecho argentino en razón de la libertad contractual y la existencia de contratos atípicos o innominados.

1.5.5 CHILE

Al igual que en México, no existe en este país alguna norma que haga referencia a este modelo contractual. Por lo que la posibilidad de realizar un contrato de joint venture en Chile es una actividad atípica, pero que encuentra su fundamento jurídico en 3 principios: la libertad contractual, autonomía de la voluntad y el de orden público económico constitucional. De tal manera que dichos principios hacen posible la celebración de contratos de joint venture en Chile, situación que resulta similar a la de México, como lo analizaremos en el siguiente capítulo.

Chile cuenta con varias experiencias positivas en materia de joint ventures orientadas a la exportación en diversos sectores, como la fundición de algunos productos de cobre, manufactura de papeles y cartones, servicios de impresión editorial, servicios marítimos, exploración petrolífera, y algunas experiencias incipientes en el campo de la computación.

1.6 DESARROLLO INDUSTRIAL, COMPETITIVIDAD, TRANSFERENCIA DE TECNOLOGÍA Y SU RELACIÓN CON EL JOINT VENTURE

En los últimos años, la necesidad de las empresas de lograr un mayor desarrollo industrial y obtener tecnología más avanzada, ha contribuido en buena medida a motivar la colaboración empresarial y la celebración de contratos de joint venture. Los gastos en el desarrollo e investigación de nuevos proyectos han aumentado considerablemente debido a la necesidad que tienen las empresas de innovar para aumentar su competitividad.

Así, todos estos cambios en la producción y comercialización de bienes y servicios han motivado enormemente las fusiones, adquisiciones, acuerdos de colaboración empresarial y joint ventures. Estos instrumentos representan un vehículo importante para las empresas en su carrera por aumentar su eficiencia, calidad y rendimiento de los productos. De tal forma que tecnologías que hace años eran utilizadas en diferentes sectores que antes constituían mercados separados, convergen en uno mismo con el fin de colaborar en forma conjunta, situación que se presenta sumamente atractiva para las empresas, por la posibilidad de acceder a nuevas tecnologías y de compartir los riesgos y los recursos.

Un aspecto importante que distingue a un Joint Venture de las formas más tradicionales de transferencia de tecnología, es el hecho de que las partes en el Joint Venture son al mismo tiempo adquirentes y proveedores de tecnología. Es decir, se da un intercambio de información y conocimientos tecnológicos en base a la reciprocidad, quedando institucionalizado mediante un contrato.

Es claro el hecho de que la tecnología es vital para lograr el desarrollo industrial y mantener la competitividad. Sin embargo, el proceso para adquirir una capacidad tecnológica no es instantáneo, se requiere invertir gradualmente para obtener el desarrollo que las empresas requieren para ser más competitivas.

Todos los países, sin excepción, pueden beneficiarse de tecnologías importadas que fortalezcan su capacidad tecnológica interna, incluso para adquirir, absorber y adoptar tecnologías nuevas y emergentes que mejoren su competitividad. En especial, los países en desarrollo pueden beneficiarse de esta situación, pues resulta más sencillo obtenerla a través de la colaboración conjunta, particularmente, de un joint venture.

Hay que destacar el hecho de que para desarrollar la capacidad tecnológica se requiere crear una capacidad que sea coherente con la eficiencia económica y

la creación de la competitividad internacional. La cual dependerá tanto de la adquisición que se haga de nuevos conocimientos, como de la capacidad de organización como factores de costo. Esto implica una transición de la investigación y desarrollo como un fin en sí mismo, a la investigación y desarrollo como medio de facilitar la asimilación de tecnologías importadas, de mejorar la eficiencia y los métodos de producción, afianzar los conocimientos especializados, el desarrollo de tecnologías y productos nuevos y mejorados y en general de estrategias que permitan adentrarse en mercados externos.

También implica el establecimiento de normas industriales adecuadas, de redes de comercialización y distribución y la creación de un marco empresarial y organizativo que fomente la sensibilidad ante las necesidades de los clientes, garantizándoles un buen servicio y una respuesta rápida a las exigencias de la demanda.

Para el logro de todo lo anterior, se hace evidente la necesidad de que las empresas cooperen entre sí por medio de la creación de empresas conjuntas o joint ventures, como mecanismo para compartir la capacidad y experiencia mutua y distribuir los riesgos de la inversión en innovaciones.

La cooperación, por tanto, será inevitablemente la única forma de mantenerse competitivos. Conforme la vida de los productos sea cada vez más corta, las tendencias de las industrias se encaminen hacia la globalización y las necesidades de capital sean cada vez mayores, más firmas estarán dispuestas a consolidar sus instalaciones actuales para trabajar conjuntamente y así responder a cualquier reto que se les presente.³⁹

³⁹ GÓMEZ SOTO, Denise y COLLADA RAMÍREZ, Ma. Teresa, Op. Cit., p. 29.

CAPÍTULO

2

EL JOINT VENTURE EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA

2.1 PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

El Joint Venture Contractual, como ya se señaló, es una figura utilizada en la práctica comercial internacional que se ha difundido en varios países latinoamericanos (incluyendo México), en razón del principio de autonomía de la voluntad, motivo por el cual lo analizaremos a la luz de dicho principio en nuestra legislación, haciendo referencia a la libertad contractual.

La libertad contractual es la facultad que tienen los particulares para pactar entre sí sus relaciones jurídicas dentro de un marco legal.

El Derecho Privado asegura a los individuos una esfera de libertad y autonomía que les permite regular sus propios intereses en sus relaciones con terceros. Dentro de esta esfera de libertad jurídica, la voluntad de los particulares puede crear validamente relaciones normativas obligatorias y también crear derechos y situaciones jurídicas a favor o en contra de los autores del acto que se haya celebrado.

De esta forma, entendemos por autonomía de la voluntad a la expresión de la libertad en el campo del Derecho Privado, que es inherente a la persona humana, para alcanzar esa función que le es propia, debe celebrarse de acuerdo con los elementos y requisitos que la Ley establece. La autonomía de la voluntad no implica una libertad absoluta, ni la voluntad soberana, porque se encuentra enmarcada dentro de ciertos límites que establece el orden público y las buenas costumbres y que se circunscriben al concepto de licitud.

En virtud del principio de autonomía de la voluntad, las partes son libres para celebrar o no contratos, y en caso de celebrarlos obran libremente con igualdad, poniéndose de acuerdo los contratantes entre sí, fijando los términos del contrato, determinando su objeto y teniendo como limitación el orden público.

Al respecto, el Código Civil Federal establece en su artículo sexto: “La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de tercero.”

De lo anterior se deduce que los particulares son libres de estipular en sus contratos todo aquello que no sea contrario a la ley o afecte directamente al interés público.

En relación a la forma, la libertad contractual se encuentra establecida en el artículo 1832 del Código Civil Federal, que dispone: “En los contratos civiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que para la validez del contrato se requieran formalidades determinadas, fuera de los casos expresamente designados por la ley.”

Esto quiere decir que en caso de que la ley no exija expresamente alguna forma específica que deba revestir un contrato, es igualmente válido, ya sea en forma oral o escrita.

En el mismo sentido, el Código de Comercio señala en su artículo 78: “En las convenciones mercantiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que la validez del acto comercial dependa de la observancia de formalidades o requisitos determinados.”

Por lo que hace al fondo del contrato, el Código Civil establece en el artículo 1839: “Los contratantes pueden poner las cláusulas que crean convenientes; pero las que se refieran a requisitos esenciales del contrato, o sean consecuencia de su naturaleza ordinaria, se tendrán por puestas aunque no se expresen, a no ser que las segundas sean renunciadas en los casos y términos permitidos por la ley.”

Asimismo, el artículo 1858 señala: “Los contratos que no están especialmente reglamentados en este Código, se regirán por las reglas generales de los contratos; por las estipulaciones de las partes, y en lo que fueron omisas, por las disposiciones del contrato con el que tengan más analogía, de los reglamentados en este ordenamiento.”

De las disposiciones anteriores se observa que en nuestra legislación existe la libertad contractual en cuanto a la forma, puesto que está prevista como regla general la consensualidad o ausencia de formas obligatorias en la celebración de contratos. Igualmente, hay libertad contractual en cuanto al fondo, porque en los contratos pueden estipularse las cláusulas y condiciones que las partes libremente convengan, por lo que pueden celebrarse contratos distintos de los expresamente reglamentados por la ley.

Así, el Joint Venture Contractual puede celebrarse en nuestro país con base en el principio de autonomía de la voluntad, siempre y cuando las estipulaciones que hagan las partes respecto del contrato no sean contrarias a la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres.

En este sentido, la Suprema Corte de Justicia de la Nación manifestó que si bien es cierto que se considera a la voluntad de las partes como la suprema ley de los contratos, dicho principio tiene dos limitaciones forzosas ineludibles: la primera, derivada del interés público, que se encuentra por encima de la voluntad individual, y la segunda, de la técnica jurídica, sobre la que tampoco puede prevalecer el capricho de los contratantes.

2.2 ELEMENTOS DEL JOINT VENTURE CONTRACTUAL

A continuación distinguiremos entre los elementos personales, formales y reales del Joint Venture Contractual.

2.2.1 ELEMENTOS PERSONALES

Algunos autores⁴⁰ llaman a las partes que intervienen en el contrato de Joint Venture co-asociados, socios, accionistas, parents, etc., denominaciones que desde nuestro punto de vista no resultan del todo adecuadas, pues podrían prestarse a confusión respecto de otras figuras. Otros autores como Andrea Astolfi⁴¹, Aníbal Sierralta Ríos⁴² y Sergio Le Pera⁴³, optan por denominarlos “co-venturers”, “joint venturers”, “adventurers” o simplemente “venturers”, denominaciones que permiten distinguir mejor a las partes que intervienen en el contrato de joint venture, respecto de otras figuras.

Así, las partes que intervienen en el contrato de joint venture son las personas físicas o generalmente jurídicas de la misma o distinta nacionalidad, que convienen actuar de manera conjunta en la realización de un proyecto de diversa naturaleza, acordando participar en las utilidades que resulten del mismo, así como responder de las pérdidas.

Los co-venturers aportan recursos para la realización del proyecto en común, pudiendo consistir en dinero, propiedades, tecnología, maquinaria, mano de obra, management, habilidades u otros elementos para el logro del objetivo en común, y de esta forma participar de los beneficios o utilidades, pero también en su caso responder de las pérdidas.

⁴⁰ A manera de ejemplo: “Las características de los **socios**, sus intereses y relaciones tienen un impacto muy grande en la marcha de la empresa conjunta...” MIQUEL RODRÍGUEZ, Jorge, La Sociedad Conjunta (Joint Venture Corporation), Ed. Civitas, Madrid, 1998, p. 238.

⁴¹ ASTOLFI, Andrea, Op. Cit., p. 659.

⁴² SIERRALTA RÍOS, Aníbal, Op. Cit., p. 149.

⁴³ LE PERA, Sergio, Op. Cit., p. 79.

En este contrato, las partes que intervienen tienen un carácter personal usualmente llamado *Intuitu personae*, que constituye un elemento imprescindible en razón de que los venturers al gozar de un igual derecho de control, representación, dirección, así como responder solidaria e ilimitadamente frente a terceros por pérdidas que pudiera ocasionar el emprendimiento conjunto, es necesario tener en consideración ciertas cualidades intelectuales, morales, reputación mercantil, industrial o científica con las que cuenta cada uno de ellos.

“La especialidad en la producción de determinados productos o los conocimientos y dominio tecnológico son los que dan motivo a una parte para acercarse a otra. De la misma manera como la posesión de las materias primas o el conocimiento de los canales de comercialización hace que otros busquen un adventurer que los complemente. En fin; las características particulares y a veces originales de los sujetos son las que los hace unirse y las que les dan esta característica *intuitu personae*, por lo que usualmente en el contrato no se da la variación de las partes.”⁴⁴

2.2.2 ELEMENTOS FORMALES

Toda vez que se trata de un contrato atípico en la legislación mexicana, no existe disposición legal que contemple formalidad alguna para su validez, de tal suerte, es suficiente con que se otorgue el consentimiento en forma verbal. Sin embargo, por la complejidad de las obligaciones a pactar, así como los montos que llegan a importar este tipo de contratos en la práctica, es más conveniente celebrarlo por escrito, y con más razón si el objeto del contrato llevara implícitas obligaciones que sí requirieran el constar por escrito, como sería el caso de un contrato de transferencia de tecnología. Las anteriores razones, unidas a la idea de brindar mayor seguridad jurídica a las partes, tratando de evitar decisiones irreflexivas por parte de los contratantes, precisando con toda exactitud el

⁴⁴ SIERRALTA RÍOS, Aníbal, Op. Cit., p. 78.

momento en que el contrato se perfecciona, ampliando y detallando el contenido del mismo, etc.

2.2.3 ELEMENTO REAL

El objeto del Joint Venture Contractual lo constituye la realización de un proyecto o negocio determinado, desconociendo los venturers si su aventura o proyecto tendrá éxito. Dicho objeto puede ser muy variado, ya que puede ir desde la construcción de una carretera, hasta la prestación de servicios financieros.

“En el contrato de joint venture se debe describir cuál es el trabajo o proyecto conjunto que las partes pretenden llevar a cabo y, en el caso de futuros actos jurídicos a celebrar, hay que incluir los elementos esenciales que configuran a cada acto jurídico futuro.”⁴⁵

Es evidente la especial naturaleza de este contrato, por lo cual, otro elemento real del mismo, lo constituyen las aportaciones que cada co-venturer realice al Joint Venture, así como las obligaciones que cada uno asuma. En este sentido, las aportaciones pueden ser tan variadas como la ley y las buenas costumbres lo permitan, comprendiendo desde los conocimientos técnicos y científicos que se aporten al proyecto, las relaciones con las que se cuente para el logro de los objetivos, la tecnología de la que dispongan, el know how, hasta las aportaciones en capital, bienes muebles, etc. Por lo tanto, debe determinarse en el propio contrato lo que cada una de las partes aportará al joint venture. Asimismo, deben precisarse las obligaciones que cada uno de los venturers asume para el Joint Venture Contractual.

Otro elemento real del Joint Venture Contractual lo constituye la distribución que se pactó de las ganancias que se puedan obtener, así como el tiempo de

⁴⁵ ARCE GARGOLLO, Javier. Op. Cit., p. 378.

duración o plazo de funcionamiento del Joint Venture, que en algunas ocasiones debe estar determinado en el propio contrato.

2.3 DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES

En atención a que el Joint Venture es un contrato que se rige en nuestra legislación, principalmente, en base a la autonomía de la voluntad, presenta gran flexibilidad (dentro de un cierto marco), admitiendo las estipulaciones contractuales que más convienen a los intereses de los joint venturers. De esto deriva la admisibilidad, en ocasiones, de obligaciones dispares, incluso de naturaleza diferenciada, debido a los distintos participantes, pero en general, tomando en cuenta que cada contrato puede versar sobre muy variados y diversos objetos; cada uno de los co-venturers asume ciertos deberes a fin de llevar a buen término la operación. Tales responsabilidades y derechos deben ser claramente establecidos a fin de evitar errores y omisiones.

DERECHOS DE LAS PARTES EN EL JOINT VENTURE

En general, podemos enunciar como los principales derechos de las partes, a los siguientes:

Derecho de los participantes al control conjunto: Consiste en la facultad recíproca (mutual agency) que tienen las partes para dirigir el negocio, no siendo un derecho exclusivo de alguno de ellos, la gestión conjunta es consustancial a las partes y lleva aparejada el control de la operación; puesto que si hay la obligación de dirigir el negocio también existe el derecho de ejercer el control. De esta forma, los sujetos actúan dándose apoyo mutuo para enfrentar la tarea en común; por lo que es imprescindible detallar en el contrato de la manera más precisa posible, el objeto de la operación, ya que esto permitirá determinar si las partes actuaron de buena fe y, en su caso, si la acción de una de ellas ha traído perjuicios al negocio o a la otra parte.

“Es posible que a veces, por la envergadura de la operación o la sofisticación de la tecnología, se encomiende a un tercero la ejecución de las operaciones, quien puede ser un extraño a la relación contractual, pero el derecho de dirección y representación está latente en cada una de las partes quienes incluso podrán tener un detalle o característica de su gestión dentro del propio contrato y según las características de la operación.”⁴⁶

El derecho de participar en las utilidades: Este derecho es parte esencial del joint venture, regla que comparte con la de la sociedad. Sin embargo, “la doctrina americana admite que alguien pueda no participar en las pérdidas, aunque sí en las ganancias, lo que diferencia al joint venture de cualquier forma societaria. La obtención de lucro es consecuencia y no el objetivo o meta fundamental del joint venture.”⁴⁷

El derecho sobre propiedad en común: “La existencia de una propiedad común, es reconocida por contrato y consta en los balances e inventario del joint venture, donde se detallan los activos propiedad de los venturistas, aunque el joint venture como tal no tenga personalidad jurídica.”⁴⁸

OBLIGACIONES DE LAS PARTES EN EL JOINT VENTURE

Las obligaciones de las partes son tan amplias como las finalidades mismas del contrato, pero en términos generales, podemos enunciar a las siguientes:

Cumplir con los compromisos asumidos en el contrato: Los adventurers deben realizar los actos a que se comprometieron en el contrato, para la consecución del fin propuesto, los cuales pueden consistir en la realización de trabajos materiales o intelectuales que realice una y otra empresa, la celebración de actos jurídicos o comerciales, o bien la investigación científica o tecnológica

⁴⁶ SIERRALTA RÍOS, Aníbal, Op. Cit., p. 74.

⁴⁷ MARZORATI, Osvaldo J. Op. Cit., p. 85.

⁴⁸ Idem.

que realicen conjuntamente. También, en su caso, implica la obligación de abstenerse de realizar ciertas actividades fuera del contrato de joint venture que puedan constituir competencia para éste.

Contribuir con dinero, activos, conocimientos u otros bienes para el emprendimiento en común: “En cuanto a la contribución de las partes en dinero, activos, conocimientos u otros bienes, esto hace posible el aporte de tecnología, clave en la gestación de un joint venture.”⁴⁹

Las aportaciones, como ya se mencionó, pueden ser muy diversas, dependiendo de los requerimientos del negocio que se pretenda realizar. “Estas contribuciones deben ser combinadas de tal manera que por ellas se cree una “comunidad de intereses”.⁵⁰

Respetar y cumplir con las reglas establecidas para el control conjunto del Joint Venture: En relación a este punto, los venturistas tienen la obligación de respetar y cumplir con la organización y el manejo del proyecto, en la forma prevista en el contrato.

Responder subsidiariamente ante terceros por las obligaciones contraídas por uno de los venturers en nombre del joint venture: Al igual que en las partnerships, como regla general “cada uno de los joint venturers tiene facultad para obligar a los otros y sujetarlos a responsabilidad frente a terceros en cuestiones que estén estrictamente dentro del ámbito de la joint enterprise. Así, un miembro del joint venture puede obligar a sus asociados, sean ocultos o no, por los contratos que sean razonablemente necesarios para llevar adelante el negocio”.⁵¹

⁴⁹ MARZORATI, Osvaldo J. Op. Cit., p. 85.

⁵⁰ LE PERA, Sergio, Op. Cit., pp. 74 y 75.

⁵¹ Idem.

Administrar el Joint Venture Contractual: La administración del negocio está controlada y dirigida por todos los miembros que integran el joint venture. Sin embargo, es posible celebrar convenios entre los joint venturers con el objeto de delegar dicha función en uno o varios de ellos. En este caso, las partes deberán manifestar su voluntad de delegar dicha función mediante un acuerdo escrito, de otro modo podría prestarse a una serie de actos dolosos por parte de los co-venturers representantes de los demás, en relación a terceros con quienes celebran actos jurídicos o de ambos en conjunto. En este supuesto los administradores deberán llevar a cabo los actos tendientes al cumplimiento del objeto del joint venture, representar en forma individual o colectiva a los venturers, citarlos a las reuniones para tratar los asuntos referentes al joint venture, verificar que cumplan con sus obligaciones hacia el mismo, etc.

Como podemos observar, los derechos y obligaciones a que da lugar la celebración del joint venture son muy variados y dependerán del objeto del contrato. Por esta razón, es muy importante establecer detalladamente la participación que cada co-venturer tendrá en las actividades comunes y en sus resultados y compromisos en la celebración y funcionamiento del joint venture.

2.4 RESPONSABILIDAD DE LAS PARTES

En el contrato de Joint Venture, la responsabilidad de las partes se puede generar por incumplimiento de las obligaciones pactadas en el propio contrato o bien cuando uno de los co-venturers realiza actos dentro del ámbito del joint venture que obligan a los demás venturistas frente a terceros.

2.4.1 RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

Es la obligación de reparar el daño pecuniario que se causa por el incumplimiento de una obligación previamente contraída; se traduce en el deber de pagar la indemnización moratoria o la indemnización compensatoria, por

violarse un derecho relativo, derecho que es correlativo de una obligación que puede ser de dar, hacer o no hacer, y cuyo deudor está individualmente determinado.⁵²

Cuando los obligados en virtud de un contrato no cumplen con sus obligaciones en el modo, tiempo y forma convenidos, nace el derecho del afectado por dicho incumplimiento de reclamar mediante la vía y acción correspondiente el cumplimiento forzoso del mismo, para que se obligue a aquel que no cumplió a que cumpla con su obligación pactada y a pagar en todo caso los daños y perjuicios generados como indemnización moratoria o compensatoria.

Al respecto, el artículo 2104 del Código Civil Federal establece: “El que estuviere obligado a prestar un hecho y dejare de prestarlo o no lo prestare conforme a lo convenido, será responsable de los daños y perjuicios en los términos siguientes: I. Si la obligación fuere a plazo, comenzará la responsabilidad desde el vencimiento de éste; II. Si la obligación no dependiere de plazo cierto, se observará lo dispuesto en la parte final del artículo 2080. El que contraviene una obligación de no hacer pagará daños y perjuicios por el sólo hecho de la contravención.”

A su vez, el artículo 2105 del Código Civil Federal señala: “En las obligaciones de dar que tengan plazo fijo, se observará lo dispuesto de la fracción I del artículo anterior. Si no tuvieren plazo cierto, se aplicará lo prevenido en el artículo 2080, parte primera.”

De esta forma, el artículo 2080 del mismo ordenamiento dispone: “Si no se ha fijado el tiempo en que deba hacerse el pago y se trata de obligaciones de dar, no podrá el acreedor exigirlo sino después de los treinta días siguientes a la interpelación que se haga, ya judicialmente, ya en lo extrajudicial, ante un notario

⁵² Trabucchi, Morineau, García Máynez. Citado por MARTÍNEZ ALFARO, Joaquín, Teoría de las Obligaciones, Ed. Porrúa, México, 2000, p. 177.

o ante dos testigos. Tratándose de obligaciones de hacer, el pago debe efectuarse cuando lo exija el acreedor, siempre que haya transcurrido el tiempo necesario para el cumplimiento de la obligación.”

El joint venture es un contrato de tracto sucesivo en el cual las obligaciones de las partes se van generando momento a momento en el tiempo de su duración, razón por la cual, el incumplimiento de obligaciones se puede dar durante el funcionamiento del mismo, lo cual daría lugar a escoger entre exigir el cumplimiento, o la resolución de la obligación, con el consecuente resarcimiento de daños y perjuicios en ambos casos. En su caso, también podrá solicitarse la resolución aún después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste fuera posible.

El joint venture es un contrato que puede generar tanto obligaciones de dar como de hacer. En este sentido, resultan aplicables los artículos 2104, 2105 y 2080 del Código Civil Federal antes señalados, en virtud de que al no realizar cualquiera de los venturers sus obligaciones o actos relacionados con el objeto del contrato, evidentemente se ocasionan daños y perjuicios para aquellos que sí cumplieron con sus obligaciones.

La responsabilidad civil contractual puede ser regulada mediante convenio entre las partes, dando origen a lo que se conoce como “cláusula penal”, donde las partes acuerdan una pena (generalmente en dinero) para el caso de incumplimiento total o parcial, la cual no puede exceder del interés legal, salvo convenio en contrario.

No obstante, el artículo 2111 del Código Civil Federal establece: “Nadie está obligado al caso fortuito sino cuando ha dado causa contribuido a él, cuando ha aceptado expresamente esa responsabilidad, o cuando la ley se la impone.”

Cabe mencionar que el joint venture al ser un contrato en virtud del cual las partes se obligan recíprocamente, a realizar diversas actividades o a efectuar variadas aportaciones, el incumplimiento conforme a nuestro derecho da lugar al pago de daños y perjuicios. Sin embargo, es común que las partes pacten, en el propio contrato, una pena convencional para el caso de incumplimiento de las obligaciones.

2.4.2 RESPONSABILIDAD FRENTE A TERCEROS

Los venturers poseen un igual derecho de control, dirección y representación, por esta razón, los actos que celebran de manera individual frente a terceros obligan a los demás co-venturers siempre y cuando dichos actos estén dirigidos a cumplir con el objeto o fin común del joint venture, es el mismo caso si se nombró representante común. Sin embargo, si el venturer que actuó se extralimitó en la realización del acto, obligará únicamente a sus demás co-venturers, si el tercero con quien celebró el acto desconocía que dicho negocio estaba fuera del objeto del joint venture.

El otro supuesto que podría presentarse, lo constituye el hecho de que uno de los venturistas tenga la intención de causar un daño al negocio o proyecto, ya sea no cumpliendo con la prestación debida o buscando una ventaja económica personal, causando consiguientemente un perjuicio a sus demás co-venturers. En este supuesto, obligaría con dicho acto a sus demás venturistas frente al tercero contratante, en virtud de que posee representación en la Joint Venture. Pero esta situación no supone que los co-venturers no promuevan una acción por daños y perjuicios.

En este sentido, el artículo 2106 del Código Civil Federal dispone: “La responsabilidad procedente de dolo es exigible en todas las obligaciones. La renuncia de hacerla efectiva es nula.”

En el joint venture contractual la responsabilidad de los venturers es limitada y solidaria respecto a terceros, aunque existe la posibilidad de excluir la responsabilidad solidaria de los contrayentes del joint venture, en el sentido de ser responsables limitadamente por las obligaciones asumidas, conformando así una limitación de responsabilidad de su participación en la ejecución de la obligación.

2.5 DISOLUCIÓN DEL JOINT VENTURE CONTRACTUAL

En relación a este punto, podemos señalar como las principales causas que se presentan en la práctica comercial internacional, para la disolución del joint venture contractual, a las siguientes:

- La generada por el vencimiento del término fijado para la duración del contrato que los joint venturers pactaron.
- El cumplimiento del objeto del joint venture induce a las partes a concluir el negocio.
- En razón de que es contrato que se realiza *intuitu personae*, el fallecimiento de uno de los co-venturers origina la disolución del joint venture si se determina que al ser esencial la presencia de dicho miembro se disuelva el joint venture. Sin embargo, puede pactarse en el mismo contrato que en caso de fallecimiento de alguno de los miembros se continúe con el negocio, y en este caso el joint venture seguirá surtiendo sus efectos.
- El advenimiento de un impedimento físico de uno de los co-venturers, siendo aplicable el supuesto anterior.
- La quiebra de uno de los venturers. En este supuesto pudiera pactarse, a efectos de salvar el negocio o proyecto, que el venturista quebrado sea excluido y que se continúe con el joint venture sin su participación.
- Cuando el negocio deviene en contrario a la ley o al interés público. En este caso no hay pacto que pudiera convalidar la eficacia del negocio, ya que en el supuesto de producirse, se estaría celebrando un nuevo contrato.

La consecuencia inmediata de la disolución del joint venture contractual es la terminación del negocio, lo cual conlleva a que los co-venturers se vean impedidos en continuar con la explotación del mismo. Este hecho determina que única y exclusivamente se continúa con las obligaciones pendientes del negocio y las dirigidas a su terminación.

Otra consecuencia que se produce, es que la comunidad de intereses sea objeto de división y participación, una vez cumplidas las obligaciones del negocio frente a terceros. Esto es, una vez liquidadas las deudas del negocio, se procederá a la repartición de los bienes afectados a la comunidad de intereses entre los venturers, para posteriormente repartir entre los mismos las ganancias obtenidas de la explotación del joint venture.

2.6 DIFERENCIAS DEL JOINT VENTURE CONTRACTUAL CON OTRAS FIGURAS JURÍDICAS DEL DERECHO MEXICANO Y EL CONSORCIO

En el derecho mexicano, existen diversas figuras jurídicas que tienen como finalidad la unión de fuerzas para la realización de un negocio o proyecto, en un plano de cooperación y ayuda mutua, ya sea a través de la celebración de contratos o bien mediante la constitución de una nueva sociedad. En relación a estas figuras, algunos autores consideran que el joint venture es un contrato típico para el Derecho mexicano, asimilándolo con el Contrato de Promesa regulado por los artículos 2243 al 2247 del Código Civil Federal, otros lo identifican con la Asociación en Participación regulada por la Ley General de Sociedades Mercantiles, y otros más piensan que se trata de una Sociedad Anónima, etc., por este motivo, nuestra intención es la de realizar un análisis que nos permita concluir si se trata de figuras idénticas, análogas con matices distintos, o de figuras completamente diferentes.

2.6.1 SOCIEDAD ANÓNIMA

El artículo 87 de la Ley General de Sociedades Mercantiles la define de la siguiente manera: “Sociedad anónima es la que existe bajo una denominación y se compone exclusivamente de socios cuya obligación se limita al pago de sus acciones.”

De la anterior definición destacan dos elementos, a saber, la denominación social y la responsabilidad limitada de los socios. Sin embargo, dicha definición no contempla todos los elementos que caracterizan a la Sociedad Anónima, motivo por el cual nos permitimos citar la siguiente definición que hace Joaquín Rodríguez y Rodríguez: “Es una sociedad mercantil, de estructura colectiva, con denominación, de capital funcional, dividido en acciones, cuyos socios tienen su responsabilidad limitada al importe de sus aportaciones.”⁵³

A partir de las anteriores definiciones podemos establecer las primeras diferencias entre el Joint Venture Contractual y la Sociedad Anónima, ya que el primero no existe bajo una denominación o razón social y los socios no se obligan al pago de sus acciones, sino que se comprometen a aportar cada uno de los elementos necesarios para el logro del fin común. En cambio, la Sociedad Anónima forzosamente debe tener una denominación social, esto quiere decir que funcionará bajo un nombre, el cual se formará libremente, siempre y cuando sea distinto al de cualquier otra sociedad.

Otra diferencia importante entre la Sociedad Anónima y el Joint Venture, es que en la primera se crea una persona jurídica nueva dotada de un patrimonio y con capacidad para ser sujeto de derechos y obligaciones; situación que no ocurre en el Joint Venture, ya que se trata de un contrato celebrado entre partes

⁵³ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín. Tratado de Sociedades Mercantiles, Tomo II, Ed. Porrúa, México, 1994, p. 232.

mediante el cual se obligan a la realización de un proyecto o negocio en particular, pero no con el objeto de constituir una persona jurídica nueva.

El capital social es otro aspecto importante de la Sociedad Anónima, en razón de que sus cambios, hacia arriba y hacia abajo, implican modificaciones en los estatutos de la sociedad, y se relaciona con la reserva legal, con las utilidades y pérdidas y con el principio de la mayoría de socios y de votos. En cambio, el Joint Venture Contractual no tiene un capital social constituido como en el caso de la Sociedad Anónima. Sin embargo, tiene un fondo común, con el que las partes cuentan para lograr los objetivos del contrato.

En cuanto a la administración de la Sociedad Anónima, ésta se encuentra directamente confiada al administrador o al consejo de administración, aunque participan también en ella el comisario o comisarios como vigilantes y la asamblea general de accionistas, que está facultada para acordar y ratificar todos los actos y operaciones de la sociedad y, para discutir, aprobar o modificar el balance anual, después de oír el informe de los comisarios. En cambio, en el Joint Venture Contractual la administración es controlada y dirigida por todos los miembros y se encuentra pactada en el propio contrato, aunque dicha administración pudiera delegarse en uno o varios miembros o bien en un tercero.

Por otra parte, la Sociedad Anónima cuenta con un órgano de vigilancia, la cual es llevada a cabo por los comisarios, que son los órganos integrados por socios o personas extrañas a la sociedad, de carácter necesario, permanente, temporal y revocable, encargados de vigilar la gestión de los negocios sociales en interés de los socios y de la sociedad, con independencia de los administradores, frente a los cuales responden en forma individual. Dado que el Joint Venture Contractual no está legislado y se rige por la autonomía de la voluntad, las partes pudieran establecer en el contrato los elementos necesarios para darle seguridad jurídica al negocio, mediante el establecimiento de un órgano de vigilancia similar al que se contempla en la Sociedad Anónima.

Con base a lo anterior, podemos afirmar que entre estas dos figuras existen marcadas diferencias que hacen imposible la tesis de absorción del contrato de joint venture en la figura de sociedad anónima.

2.6.2 ASOCIACIÓN EN PARTICIPACIÓN

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

Las partes en este contrato son el asociante (que es quien lleva a cabo la negociación en nombre propio y a cuya propiedad pasan los bienes dados por el asociado), y el asociado (que es quien aporta bienes o servicios a cambio de una participación en las utilidades del negocio).⁵⁴

En este contrato existe una finalidad común para las dos partes, y es la que le da su carácter asociativo. Para llevar a cabo dicha finalidad, el asociado aporta bienes propios o su trabajo y, como contraprestación de su aportación, participa en los resultados favorables o adversos del negocio. En cualquiera de los dos casos la gestión o administración de los bienes y servicios aportados le corresponde exclusivamente al asociante, quien se ostenta como dueño de los bienes o como beneficiario del trabajo prestado por el asociado. Consecuentemente, no figura en la explotación de la empresa, ni en la celebración o la ejecución del negocio relativo, sino que se trata de un socio oculto. Esta situación implica a su vez que la Asociación en Participación no se exprese como tal ante terceros, porque carece de personalidad jurídica propia y, que tampoco exista un patrimonio o fondo común, puesto que los bienes se aportan al asociante

⁵⁴ GINEBRA SERRABOU, Xavier. Op. Cit., p. 1.

y entran a formar parte de su patrimonio, con el fin de que éste actúe siempre a nombre propio.

De la propia definición de la Asociación en Participación y del Joint Venture Contractual, respectivamente, resalta el hecho de que en ambas figuras existe una finalidad común como objeto, pero la diferencia radica en la forma en que se lleva a cabo la realización del fin, ya que en el Joint Venture Contractual, los venturers aportan bienes y servicios y su esfuerzo es conjunto, participando activamente en la consecución del fin común. En cambio, en la Asociación en Participación, únicamente el asociado proporciona los recursos y se mantiene oculto, esto es, no actúa en la operación del negocio o proyecto.

En cuanto a la forma que debe revestir el contrato de Asociación en Participación, la Ley General de Sociedades Mercantiles señala en el artículo 254: “El contrato de asociación en participación debe constar por escrito y no estará sujeto a registro.”

El anterior requisito es muy común a las asociaciones civiles y a las sociedades mercantiles, las cuales deben constituirse en escritura notarial. Además de que resulta conveniente su formulación por escrito, tanto en relación con la distribución de utilidades y pérdidas, como en relación con el carácter no traslativo de la aportación del asociado y, respecto a los derechos de representación o de administración que se confieren.

Asimismo, el artículo 255 de la citada Ley dispone: “En los contratos de asociación en participación se fijarán los términos, proporciones de interés y demás condiciones en que deban realizarse.”

Este artículo va en relación al contrato escrito, al referirse a que en ellos se establecerán los términos, utilidades y demás condiciones necesarias para la realización del contrato.

El contrato de asociación en participación no está sujeto a inscripción en registro alguno, ni requiere de publicidad legal o de hecho, como se aprecia de lo dispuesto en los siguientes artículos de la Ley en comento:

“Artículo 253.- La asociación en participación no tiene personalidad jurídica ni razón social o denominación.”

“Artículo 256.- El asociante obra en nombre propio y no habrá relación jurídica entre los terceros y los asociados.”

Este último artículo implica el hecho de que el asociante obre por cuenta propia, como dueño del negocio, pero también que obre por cuenta del asociado, en cuanto a que debe respetar y preservar los derechos de éste en el contrato. Sin embargo, en el ejercicio de los actos necesarios para lograr el fin de la asociación, el asociante es el único que actúa y el único que tiene relaciones con los terceros, mientras que el asociado se halla oculto en cuanto a la gestión del negocio y ni siquiera es responsable ante terceros. En cambio, en el contrato de Joint Venture, todos los co-venturers son responsables frente a terceros, en mayor o menor grado, en cuanto a las operaciones que importen directamente al objeto del negocio. Además, el socio oculto no existe en el Joint Venture, ya que se crean obligaciones idénticas para todos los venturers.

En relación al Joint Venture Contractual, ya nos referimos a que se trata de un contrato atípico en nuestra legislación y, que por tal motivo no se le exige forma específica o algún requisito especial. No obstante, en razón de las obligaciones que se generan entre las partes y respecto a terceros, resulta conveniente celebrarlo por escrito y señalar muy bien el alcance de los compromisos asumidos; situación que resulta distinta con la Asociación en Participación, que como ya se señaló, requiere conforme a nuestras leyes celebrarse por escrito para su validez.

“Las figuras también se distinguen en cuanto al fin lucrativo que persiguen. La asociación en participación o las cuentas en participación tienen como fin lograr utilidades, en tanto el joint venture busca una relación de cooperación para obtener o alcanzar objetivos comunes de los que pueden derivarse o no beneficios económicos. El *animus lucrandi* es el *leit motiv* en la asociación en participación y por ello es que el asociado aporta bienes y recursos, en tanto que en el joint venture pueden ser las ventas o una investigación tecnológica.”⁵⁵

También encontramos que en ambas figuras la administración se lleva a cabo de manera diferente. En la Asociación en Participación la administración corresponde plena y exclusivamente al asociante, “quien se encarga de manejar y dirigir el negocio y, por lo mismo adquiere una responsabilidad ilimitada por los negocios que efectúe, haciendo partícipe al asociado únicamente de las utilidades, sin que éste último tenga derecho a participar en la dirección o realización de la negociación mercantil.”⁵⁶ Mientras que en el contrato de joint venture está controlada y dirigida por todos los miembros que integran el joint venture, en virtud de la regla de igualdad en el control y dirección conjuntos, aunque es posible celebrar convenios entre los joint venturers con el objeto de delegar dicha función en uno o varios de ellos.

Con base en lo anterior, podemos decir que entre estas dos figuras existen marcadas diferencias, por lo que el contrato de joint venture no se puede encuadrar dentro de la asociación en participación.

2.6.3 FUSIÓN DE EMPRESAS

Para Oscar Vásquez del Mercado “por fusión debe entenderse la reunión de dos o más patrimonios sociales, cuyos titulares desaparecen para dar nacimiento a uno nuevo o cuando sobrevive un titular este absorbe el patrimonio de todos y

⁵⁵ SIERRALTA RÍOS, Aníbal, Op. Cit., p. 83.

⁵⁶ ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Ángel, Contratos Civiles, Ed. Porrúa, México, 2002, p. 448.

cada uno de los demás. En ambos casos el ente está conformado por los mismos socios que constituían los entes anteriores y aquellos en su caso, reciben nuevos títulos en sustitución de los que poseían o se les reconoce la parte social correspondiente.”⁵⁷

La mayor parte de la legislación y doctrina nacional y extranjera reconocen solamente dos clases de fusión que reciben diversos nombres, pero que en esencia son las mismas en todos los sistemas legales.

La Ley General de Sociedades Mercantiles no distingue expresamente ambas clases de fusión, pero el artículo 224 en su último párrafo alude a la sociedad que subsista y a la sociedad que resulte de la fusión.

Una buena parte de la doctrina mexicana y extranjera utiliza los términos de fusión por integración y por incorporación, que al menos permiten distinguir mejor entre una y otra.

“La fusión por integración supone la creación previa de una sociedad, la fusionante, a la que se transmitirá la totalidad de los bienes, derechos y obligaciones de las sociedades fusionadas, pues es absurdo pretender que en un solo acto se extinguen las fusionadas y se crea un nuevo ente jurídico, respecto del cual no ha habido acuerdo previo de los socios en lo que se concierne a la razón o denominación social, objeto, a la duración, y al monto del capital social y de las aportaciones, que son los requisitos mínimos exigidos para considerar constituida cualquier sociedad.”⁵⁸

⁵⁷ VÁSQUEZ DEL MERCADO, Oscar, Asambleas, fusión y liquidación de sociedades mercantiles, Ed. Porrúa, México, 2002, p. 300.

⁵⁸ GARCÍA RENDÓN, Manuel, Sociedades Mercantiles, Ed. Harla, México, 1993, p. 63.

“La fusión por incorporación supone la preexistencia de una sociedad, la fusionante, a la que las sociedades que se extinguen, las fusionadas, transmite la totalidad de sus patrimonios y obligaciones.”⁵⁹

El Joint Venture no es una forma de fusión de empresas, ya que las partes no pierden su independencia y únicamente se unen para el logro de un fin común, sin que ello suponga una incorporación.

2.6.4 CONSORCIO

Encuadrándose bajo las llamadas “alianzas estratégicas” empresariales encontramos al consorcio, modalidad muy difundida también en nuestro medio⁶⁰. Esta es una forma de interactuar entre empresas, pero como tal, tiende a diferenciarse del contrato de joint venture por sus diversos objetivos que forman un conglomerado y, podemos entenderlo como una asociación permanente de empresas cuyo objetivo principal es agrupar ofertas o demandas de productos y/o servicios. Eventualmente, su objetivo puede ser el de aumentar la capacidad técnica o financiera de sus miembros, sin que éstos pierdan su individualidad. “Estas empresas pueden unirse en forma horizontal, cuando negocian los mismos productos o servicios, o en forma vertical, cuando ofrecen productos o servicios complementarios.”⁶¹

En primer lugar, encontramos diferencias entre el Joint Venture y el Consorcio en cuanto a los elementos constitutivos de cada uno, por ejemplo, en el primero el plazo es cierto y la intención de las partes es la de controlar o gestionar conjuntamente el negocio; mientras que en los consorcios existe la permanencia y se trata de una vinculación de oferta y demanda, la causa del negocio es la limitación de la competencia.

⁵⁹ GARCÍA RENDÓN, Manuel, Sociedades Mercantiles, Ed. Harla, México, 1993, p. 520.

⁶⁰ Ej. Consorcio de Construcción ARA www.consortioara.com.mx, Consorcio de servicios Médicos www.consortiomedico.com.mx

⁶¹ SIERRALTA RÍOS, Aníbal, Op. Cit., p. 91.

Otra diferencia importante, es que el Consorcio tiene un carácter estrictamente comercial, en tanto que el joint venture puede utilizarse en proyectos de carácter no sólo comercial, sino también de investigación y desarrollo tecnológico, por ejemplo.

“El consorcio se constituye para el aprovechamiento en común de bienes y servicios; es decir, que hay una comunidad de objetivos pues las partes se juntan para el aprovechamiento o la consecución de algo, confiriendo carácter instrumental a los bienes puestos en común.”⁶²

La confusión entre ambas figuras se deriva de cuestiones relacionadas a la falta de una adecuada traducción del término joint venture. Sin embargo, se trata de figuras totalmente diferentes.

⁶² SIERRALTA RÍOS, Aníbal, Op. Cit., p. 93.

CAPÍTULO

3

MARCO CONCEPTUAL DE LA INVERSIÓN

3.1 LA INVERSIÓN

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define a la inversión, en una de sus acepciones, como la acción y efecto de invertir, entendiendo por ésta, hablando de caudales, emplearlos, gastarlos y colocarlos.⁶³

En Economía, la inversión se define como: “El proceso de intercambio, en un periodo de tiempo determinado, de un ingreso monetario por activos empresariales de los cuales existe la expectativa de un rendimiento futuro de ganancias. De modo que el consumo actual se sacrifica por la expectativa de la obtención de una ganancia económica futura.”⁶⁴

“Las inversiones se refieren básicamente a la aplicación de recursos con la finalidad de obtener un beneficio a futuro, también se entiende como cualquier gasto efectuado para el mantenimiento de la empresa, o se considera como la compra de bienes duraderos que producen una renta monetaria.”⁶⁵

⁶³ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, Ed. Espasa Calpe, S. A., Madrid, 2003.

⁶⁴ Encyclopaedia Británica, The New Encyclopaedia Británica, Micropaedia, 15 Th edition, volume 6, Encyclopaedia Británica, Ic., U.S.A., 1988, p. 363. Citado por BOLAÑOS LINARES, Rigel, Inversión Extranjera, Ed. Porrúa, México, 2002, p. 99.

⁶⁵ MORALES CASTRO, José Antonio, Proyectos de Inversión en la Práctica, Ed. Gasca Sicco, México, 2003, p. 3.

3.2 TIPOS DE INVERSIÓN

Las inversiones se pueden clasificar de diversas maneras, según el criterio que se utilice. Algunos autores⁶⁶ realizan una clasificación en base al riesgo en la recuperación de la inversión, diferenciándolas en inversiones de bajo y de alto riesgo. Las primeras son consideradas más seguras en cuanto a la posibilidad de obtener un resultado positivo. En cambio, las inversiones de alto riesgo se consideran especulativas, es decir, se llevan a cabo con la esperanza de obtener un lucro o una ganancia mayor que en las primeras, pero la posibilidad de obtener un resultado favorable es incierta.

De igual manera, se distingue a las inversiones en función al tiempo, por lo que hablamos de inversiones a corto, mediano y largo plazo.

La inversión puede dividirse también, en inversión privada (interior), pública y extranjera. “La inversión «privada» consiste en todas las compras de bienes de capital por las personas, negocios e instituciones. Los bienes de inversión son duraderos y rinden servicios durante un cierto número de años (...) Los gastos en inversión «pública» pueden definirse de diversas maneras. Las utilidades públicas y las viviendas municipales son claramente gastos de inversión. Los servicios sociales pueden considerarse como una inversión o como un servicio (...) La inversión «extranjera» consiste en los títulos sobre riqueza real en propiedad de personas o gobiernos de países extranjeros. Un país puede invertir, por consiguiente, en el extranjero, en la medida solamente en que está exportando más bienes y servicios de los que está importando; es decir, que la inversión exterior requiere un esfuerzo productivo de la misma manera que la producción interior de bienes de capital. Esta inversión exterior puede asumir la forma de préstamos o créditos a personas de otros países, la compra de activos reales en el extranjero, o un aumento en las reservas de oro y divisas del país.”⁶⁷

⁶⁶ GITMAN, Lawrence y Michael Joehnk, *Fundamentals of Investing*, Ed. Pearson, USA, 2004, p. 4.

⁶⁷ SELDON, Arthur, *Diccionario de Economía*, Barcelona, 1992, pp. 312 y 313.

Asimismo, la Inversión Extranjera se divide en Inversión Extranjera Directa e Inversión Extranjera Indirecta.

Narciso Sánchez Gómez, se refiere a la Inversión Extranjera Directa de la siguiente manera: “la importación de capitales provenientes del exterior para desarrollar, impulsar o mantener la organización y funcionamiento de empresas industriales, comerciales, prestadoras de servicios, agrícolas, ganaderas, de comunicaciones y transportes, o de otra índole, con el fin de crear fuentes de trabajo, impulsar el desarrollo tecnológico, atender satisfactores que demande un pueblo, obtener ganancias y generar riqueza o formar capitales a favor de los inversionistas y sus destinatarios.”⁶⁸

En cambio, la Inversión Extranjera Indirecta o también denominada de portafolio, “está representada por los empréstitos, los créditos que se otorgan a un gobierno determinado por instituciones internacionales o nacionales de financiamiento, o por países distintos al de la autoridad solicitante, y que lleva como finalidad completar el gasto público o para realizar obras e inversiones productivas o autoliquidables; pero también puede ser por motivos de déficits presupuestales, emergencias naturales o sociales y por causas de guerra.”⁶⁹

La Ley de Inversión Extranjera no distingue entre Inversión Directa e Indirecta, y únicamente en el artículo 2 párrafo II se refiere a la inversión de la siguiente manera:

“Para los efectos de esta Ley, se entenderá por:

II.- Inversión extranjera: a) La participación de inversionistas extranjeros, en cualquier proporción, en el capital social de sociedades mexicanas; b) La realizada por sociedades mexicanas con mayoría de capital extranjero; y c) La participación

⁶⁸ SÁNCHEZ GÓMEZ, Narciso, Las Inversiones Extranjeras en México, Ed. Porrúa, México, 2003, p. 123.

⁶⁹ Idem, p. 213.

de inversionistas extranjeros en las actividades y actos contemplados por esta Ley.”

En el Tratado de Libre Comercio entre México y la Unión Europea, inversión significa: “inversión directa, inversión inmobiliaria, y compra y venta de cualquier clase de valores, tal y como se definen en los Códigos de Liberalización de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico.”⁷⁰

3.2.1 TRANSACCIONES DE CAPITAL Y TRANSACCIONES INVISIBLES

Con el “propósito” de crear un marco equilibrado que favoreciera un progreso gradual hacia la liberalización, promoviendo los mercados abiertos al libre flujo de capital y servicios, los países de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), crearon el Código de la OCDE de Movimientos de Capital, que también ampara la inversión directa y su establecimiento; y el Código de la OCDE de Liberalización de las Operaciones Invisibles, que cubre los servicios. Dichos Códigos han auxiliado a los países miembros de la OCDE a avanzar hacia el objetivo de eliminar barreras a la libre circulación del capital y los servicios.

Los Códigos consisten en una serie de artículos que, con algunas excepciones, resultan muy similares. En ambos se enuncia la idea central de eliminar entre los miembros las restricciones a los movimientos de capital y transacciones invisibles; definiendo en forma exacta las actividades económicas que ampara cada Código, ya que cada uno consta de un anexo con una lista que detalla tales actividades.

En la actualidad, el Código de Movimientos de Capital de la OCDE es útil para todos los movimientos de capital, tanto a largo como a corto plazo, llevados a

⁷⁰ Artículo 28 de la Decisión del Consejo Conjunto del Acuerdo de Asociación Económica, Concertación Política y Cooperación entre la Unión Europea y sus Estados Miembros, por una parte y los Estados Unidos Mexicanos por otra.

cabo entre residentes de los países de la OCDE. Ejemplos de dichos movimientos serían la emisión, venta y adquisición de participaciones, bonos y fondos mutuos, las operaciones del mercado monetario, los créditos fronterizos, los préstamos y las herencias. Igualmente, dicho Código abarca la inversión extranjera directa, por ejemplo, la participación conjunta de empresas con el objeto de desarrollar un proyecto o negocio, la adquisición de una compañía existente por parte de una empresa extranjera o el establecimiento de una filial por parte de la multinacional.

El alcance del Código de los Invisibles Actuales que regula el comercio transfronterizo en los servicios, es muy amplio, pero no completo. El comercio transfronterizo en los servicios, significa la provisión de servicios a los residentes por parte de los proveedores de servicios no residentes y viceversa. Los proveedores de servicios pueden ser empresas o individuos. Entre los principales sectores de servicios se encuentran el sector bancario y el de los servicios financieros, los seguros, los servicios profesionales, el transporte marítimo y por carretera y el del turismo y los viajes.

Cabe destacar el hecho de que, no obstante, que todos los miembros comulgan con el objetivo común de la progresiva liberalización, la velocidad con la que avanzan hacia ese mismo objetivo no es igual. Los miembros que no pueden lograr una liberalización inmediata pueden establecer una reserva contra un artículo específico de los Códigos, definiéndose los compromisos de cada país en las listas de reservas que figuran como anexo de cada Código. En este sentido, existen reservas totales y limitadas. Las primeras implican que la transacción a la que se refiere no puede realizarse en absoluto. Una reserva limitada significa que la transacción puede permitirse, siempre y cuando esté sujeta a determinadas restricciones.

Existe un organismo encargado de supervisar la aplicación de los Códigos, entre otras funciones, conocido como el Comité de la OCDE de Movimientos de Capital y Transacciones Invisibles (CIMT), que es la estructura donde se reúnen

los países miembros para debatir la aplicación y desarrollo de los Códigos. En dicho organismo está representada también la Comisión Europea y, es posible invitar a otros representantes, incluso procedentes de países que no son miembros de la OCDE. El Fondo Monetario Internacional y la Asociación Europea de Libre Comercio, actúan como observadores de dicho Comité.

No obstante de que los compromisos legales de los Códigos, sólo son válidos para los países de la OCDE, los gobiernos de los países miembros han aceptado hacer todo lo que esté a su alcance para ampliar dichos beneficios de la liberalización a todos los miembros del Fondo Monetario Internacional.

En cuanto a las obligaciones de los miembros del FMI, podemos decir que principalmente consisten en no imponer restricciones a los pagos relativos a las transacciones corrientes, pudiendo imponerlas sobre las transacciones de capital, pero éstas se sujetarán a la no afectación de las transacciones corrientes si existe desequilibrio en la balanza de pagos de un miembro o cuando un miembro pide una excepción al ingresar al FMI.

Los Códigos han dejado siempre sitio para que continúe avanzando el proceso de integración regional a través de sistemas especiales tales como la Unión Europea, antigua CEE. Por su parte, México, al igual que todos los países miembros de la Unión Europea, son miembros de la OCDE, pero los procesos de la UE y de la OCDE son totalmente independientes entre ellos. Los Estados miembros de la UE pueden liberalizarse más rápida y ampliamente entre ellos. Como excepción al principio de no discriminación de los Códigos, se autoriza a los Estados miembros de la UE a que no extiendan las medidas de liberalización a otros países de la OCDE que no sean miembros de la UE.

Por otra parte, todos los países miembros de la OCDE son también miembros de la Organización Mundial del Comercio y partes de sus instrumentos. El acuerdo de la OMC más destacado en relación a las áreas amparadas por los

Códigos de la OCDE es el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (GATS). El cual abarca no sólo el comercio transfronterizo de servicios, sino también la IED y el establecimiento de la industria de servicios. Contrario a lo que ocurre con los Códigos de la OCDE, la participación en el GATS está abierta a casi todos los países.

En relación al funcionamiento de los Códigos de la OCDE, respecto de los acuerdos de la OMC, cabe mencionar que tanto el GATS como los Códigos, persiguen el mismo objetivo de favorecer la liberalización. Aunque el enfoque del GATS es distinto del de los Códigos en lo referente a dos cuestiones:

1. Favorece un planteamiento ascendente⁷¹ a la hora de definir los compromisos individuales de cada país, frente al planteamiento descendente de los Códigos, y
2. Pretende lograr sus objetivos por medio de rondas de negociación en vez de a través de una liberalización unilateral y una persuasión paritaria.

Los miembros de la OCDE ven al GATS y los Códigos como soluciones complementarias y mutuamente accesorias para lograr una liberalización.

Los Códigos han sido durante cuarenta años un marco de apoyo hacia la liberalización. Desde el principio, los Códigos han jugado un papel central cada vez que nuevos miembros han entrado a formar parte de la OCDE.

3.3 LA INVERSIÓN EXTRANJERA DIRECTA EN LA ESCALA GLOBAL

A raíz de la creación del Acuerdo General de Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT)⁷² y su eventual transformación en la Organización Mundial del

⁷¹ “El planteamiento ascendente significa que los países podrán seleccionar, dentro del ámbito del GATS, los sectores en los que deseen adoptar compromisos. La negociación de los compromisos significa que el avance hacia la liberalización se conseguirá a través de concesiones mutuas, y a veces en distintos sectores de servicios.” OECD Codes of Liberalisation of Capital Movements and of Current Invisible Operations: User’s Guide, 2003.

Comercio (OMC), las normas comerciales multilaterales que anteriormente contenían muy pocas disposiciones respecto al trato de las inversiones, se fueron regulando de forma más adecuada. Lo cual se vio reflejado, por un lado, en el funcionamiento de las empresas y en aspectos relacionados con el comercio transfronterizo de bienes y servicios y, por otro, en los aspectos relacionados a las inversiones extranjeras.

Según datos de la Conferencia de Comercio y Desarrollo de Naciones Unidas (UNCTAD), los flujos de la IED en escala global, alcanzaron su mayor nivel en la historia el año 2000, con casi 1 500 miles de millones de dólares. Siendo más de 65 000 empresas transnacionales y sus 850 000 filiales las principales generadoras de IED, ocupando a 54 millones de personas a través de sus filiales, que además representan aproximadamente 2/3 partes del comercio mundial, particularmente bajo la modalidad de comercio intrafirma. Sin embargo, en el 2001, debido a los sucesos internacionales ocurridos, como por la desaceleración económica global, la IED disminuyó de manera significativa en un 50.7%. Es importante destacar que la IED ha superado significativamente la dinámica de otras variables, incluyendo al PIB, las exportaciones y la formación bruta de capital fijo, durante 1986-2000.

La participación de la IED en los flujos totales de capitales, también ha aumentado significativamente durante las últimas décadas.⁷³ Adicionalmente, la IED ha jugado un creciente papel en las propias economías: en el caso de América Latina, por ejemplo, las ventas de las empresas extranjeras respecto a las mayores 500 empresas aumentaron de 27.43% en 1990-1992 a 41.59 en 1998-2000, mientras que las exportaciones de las empresas extranjeras, respecto a las 200 mayores empresas exportadoras aumentaron de 28.9% en 1995 a 43.7 en 2000 (CEPAL, 2001/a, 2002). Como resultado, los flujos de capitales y de IED

⁷² Por sus siglas en inglés (General Agreement on Tariffs and Trade).

⁷³ A finales de los noventa, la participación de la IED en los flujos de capital alcanzó más de 60% en América Latina (Hausmann y Fernández-Arias, 2000). Citado por DUSSEL PETERS, Enrique, Condiciones y efectos de la inversión extranjera directa y del proceso de integración regional en México durante los 90: Una perspectiva macro, meso y micro, UNAM, México, 2003, p. 22.

no sólo son relevantes desde una perspectiva macroeconómica y como fuente de financiamiento, sino que también crecientemente para las respectivas economías nacionales.⁷⁴

En general, las economías han llevado a cabo importantes esfuerzos con el fin de atraer IED. Particularmente, todos los países en desarrollo buscan en forma activa atraer flujos importantes de IED, proceso en el cual no está apartada Latinoamérica y, particularmente, México, tanto para modernizar sus empresas y sectores respectivos, como por razones de índole macroeconómica. Esta situación deja patente de la importancia que en la actualidad ha cobrado la IED, hasta convertirse en un factor determinante para el desarrollo económico de las naciones.

3.3.1 LA IMPORTANCIA DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA DIRECTA EN EL DESARROLLO ECONÓMICO DE LAS NACIONES

Como ya se mencionó en el punto anterior, la IED en la actualidad se ha convertido en un factor determinante para el crecimiento económico. Entre los argumentos favorables hacia la IED encontramos el que la considera una palanca para disminuir las brechas entre la oferta de ahorro interno, recordemos que en países en desarrollo no existen formas más o menos seguras de financiamiento externo, de tal forma que la IED representa la oportunidad de acceder a divisas frescas, de generar ingresos al gobierno y de desarrollar las habilidades de la población. Al igual que incrementa los recursos necesarios para lograr un crecimiento y desarrollo.

Asimismo, “la inversión incrementa la capacidad de las economías nacionales para la producción de satisfactores, por lo que se le considera responsable del crecimiento económico nacional. Para que dicho crecimiento se sostenga es necesario que los ahorradores nacionales mantengan la misma

⁷⁴ DUSSEL PETERS, Enrique, Op. Cit., p. 22.

cantidad de capital que los inversionistas aportan en determinado periodo de tiempo, ya que si el ahorro interno excede la inversión, el desempleo puede ser su consecuencia, mientras que si la inversión excede al ahorro interno puede sobrevenir una devaluación.”⁷⁵

En muchas empresas de países en desarrollo existe un rezago en materia de administración, tecnología, espíritu de empresa, etc., que bien pudiera eliminarse parcial o totalmente mediante operaciones conjuntas de las empresas locales con empresas extranjeras. Por lo que a partir del uso de estrategias adecuadas, las corporaciones extranjeras pueden proveer recursos financieros frescos a los países en desarrollo, además de otros recursos valiosos como nuevas tecnologías, experiencia administrativa y habilidades empresariales que transfieren a las empresas nacionales, a través de diversos medios directos e indirectos. Es decir, la IED puede traer consigo múltiples beneficios, desde conocimientos tecnológicos acerca de procesos productivos, hasta maquinaria y equipos modernos a los países escasos de capital, lo que resulta sumamente conveniente y productivo para los países receptores. La suma de todos estos elementos corrobora la importancia que la IED tiene sobre las economías.

3.4 LA INVERSIÓN EXTRANJERA EN MÉXICO

En razón de la integración económica, nuestro país ha celebrado diversos Tratados de Libre Comercio, con distintos Estados, alrededor del mundo, a la luz del artículo XXIV del GATT⁷⁶ y V del GATS⁷⁷, eliminando con ello barreras a la

⁷⁵ BOLAÑOS LINARES, Rigel, Op. Cit., p. 100.

⁷⁶ GATT Art. XXIV. 4. “Las partes contratantes reconocen la conveniencia de aumentar la libertad del comercio, desarrollando, mediante acuerdos libremente concertados, una integración mayor de las economías de los países que participen en tales acuerdos. Reconocen también que el establecimiento de una unión aduanera o de una zona de libre comercio debe tener por objeto facilitar el comercio entre los territorios constitutivos y no erigir obstáculos al de otras partes contratantes con estos territorios.”

⁷⁷ GATS Art. V. 1. “Integración económica. El presente Acuerdo no impedirá a ninguno de sus Miembros ser parte en un acuerdo por el que se liberalice el comercio de servicios entre las partes en el mismo, o celebrar un acuerdo de ese tipo, a condición de que tal acuerdo: a) tenga una cobertura sectorial sustancial, y b) establezca la ausencia o la eliminación, en lo esencial, de toda discriminación entre las partes, en el sentido del artículo XVII, en los sectores comprendidos en el apartado a) por medio de: i) la eliminación de las medidas discriminatorias existentes, y/o ii) la prohibición de nuevas medidas discriminatorias o que aumenten

inversión y otorgando garantías suficientes a los inversionistas de los países firmantes de los Acuerdos. Entre los que destacan, por la magnitud de las economías involucradas y las negociaciones de desgravación, el celebrado con Estados Unidos de América y Canadá (TLCAN) y el celebrado con la Comunidad Europea y sus Estados Miembros (TLCUEM).

Sin lugar a dudas, a raíz de la entrada en vigor del TLCAN, se ha dado paso a una apertura indiscriminada de diversos sectores estratégicos para la economía nacional⁷⁸, trayendo como consecuencia el deterioro económico y social de México. En este contexto, se hace necesaria la búsqueda de instrumentos que permitan encaminar los flujos de inversión extranjera, en beneficio del país, y en atención a las necesidades e intereses nacionales.

“Entre 1997 y 2000, México recibió importantes aflujos de IED que compensaron una amplia proporción de los déficit por cuenta corriente, pues desde 1997, la balanza de pagos por cuenta corriente ha arrojado déficit cada vez mayores; pasando del 1,8 por ciento del PIB en 1997 al 3,1 por ciento en 2000, debido principalmente a un fuerte deterioro de la balanza comercial; los déficit de la balanza de servicios atribuibles a factores y de la balanza de servicios no atribuibles a factores también aumentaron, aunque lo hicieron a tasas considerablemente inferiores. La principal causa del deterioro de la balanza comercial fue la intensa expansión de las importaciones de mercancías provenientes de Estados Unidos, en respuesta a una fuerte demanda interna, en particular por cuanto respecta a los bienes intermedios, principalmente destinados a la fabricación de productos de exportación; en 2000 la importación de bienes intermedios representó alrededor del 76 por ciento de las importaciones totales.

la discriminación, ya sea en la fecha de entrada en vigor de ese acuerdo o sobre la base de un marco temporal razonable, excepto por lo que respecta a las medidas permitidas en virtud de los artículos XI, XII, XIV y XIV bis.”

⁷⁸ Valga mencionar los problemas que actualmente enfrentan los mercados de maíz y frijol en México.

Las exportaciones de mercancías también aumentaron considerablemente, aunque a un ritmo más lento.”⁷⁹

3.4.1 MARCO LEGAL DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA EN MÉXICO

Es sumamente amplia la gama de normas jurídicas que regulan, directa e indirectamente, la inversión extranjera en México, por lo que únicamente nos referiremos a las disposiciones contenidas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la Ley de Inversión Extranjera y la Ley de Comercio Exterior.

- **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS**

“Es fundamental destacar la esencia de diversos preceptos legales de la Ley Fundamental del país, que de una u otra forma se relacionan o son el soporte de la inversión extranjera en México, para poder comprender de la mejor manera el espíritu del constituyente que se ha plasmado en ese cuerpo legal, y que se debe de preservar y respetar en la medida que así convenga a nuestros intereses económicos fundamentales, para preservar la integridad soberana; el dominio directo y la propiedad originaria de los recursos naturales comprendidos dentro de los límites del territorio nacional; para imponerle limitaciones y modalidades a la propiedad privada; lograr un reparto equitativo de la riqueza pública; para combatir los monopolios y las prácticas tendientes hacia tal situación; para generar riqueza, ahorro y fuentes de trabajo en pro de los mexicanos; la esencia de la rectoría y la planeación del desarrollo nacional, las áreas fundamentales de la economía pública, el papel de los Poderes Públicos, para restringir las grandes desigualdades entre pobres y ricos.”⁸⁰

⁷⁹ Examen de las Políticas Comerciales, Organización Mundial del Comercio, Ginebra, 2002, p. 9.

⁸⁰ SÁNCHEZ GÓMEZ, Narciso, Op. Cit., pp. 33 y 34.

Son varios los artículos constitucionales que de una u otra forma regulan la inversión, pero en general destacan los siguientes:

Artículo 25 Constitucional: Este artículo establece el principio sobre la rectoría económica del Estado, cuando dice que: “Corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que éste sea integral y sustentable, que fortalezca la Soberanía de la Nación y su régimen democrático y que, mediante el fomento del crecimiento económico y el empleo y una más justa distribución del ingreso y la riqueza, permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, cuya seguridad protege esta Constitución... Al desarrollo económico nacional concurrirán, con responsabilidad social, el sector público, el sector social y el sector privado, sin menoscabo de otras formas de actividad económica que contribuyan al desarrollo de la Nación.”

Artículo 26 Constitucional: Establece la obligación del Estado de organizar un sistema de planeación democrática del desarrollo nacional que imprima solidez, dinamismo, permanencia y equidad al crecimiento de la economía para la independencia y la democratización política, social y cultural de la Nación, lo cual llevará a cabo conforme a un plan nacional de desarrollo al que se sujetarán obligatoriamente los programas de la Administración Pública Federal.

Artículo 27 Constitucional: Este precepto establece el régimen de la propiedad en México; la capacidad para adquirir el dominio de las tierras y aguas de la Nación está regida por la fracción I de este artículo: “Sólo los mexicanos por nacimiento o por naturalización y las sociedades mexicanas tienen derecho para adquirir el dominio de las tierras, aguas y sus accesiones 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 Exteriores en considerarse como nacionales respecto de dichos bienes y en no invocar, por lo mismo, la protección de sus gobiernos por lo que se refiere a aquéllos; bajo la pena, en caso de faltar al convenio, de perder en beneficio de la

Nación, los bienes que hubieren adquirido en virtud de lo mismo. En una faja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y de cincuenta en las playas, por ningún motivo podrán los extranjeros adquirir el dominio directo sobre tierras y aguas.”

El Estado, de acuerdo con los intereses públicos internos y los principios de reciprocidad, podrá, a juicio de la Secretaría de Relaciones Exteriores, conceder autorización a los Estados extranjeros para que adquieran, en el lugar permanente de la residencia de los Poderes Federales, la propiedad privada de bienes inmuebles necesarios para el servicio directo de sus embajadas o legaciones.

Artículo 28 Constitucional: Este precepto constitucional prohíbe el establecimiento de monopolios en México, así como las prácticas monopólicas, los estancos y las exenciones de impuestos en los términos y condiciones que fijan las leyes. También se mencionan las funciones que el Estado desarrolla en forma exclusiva en áreas consideradas estratégicas y que no constituyen monopolios.

Asimismo, el artículo en comento ordena que el Estado tendrá un banco central que será autónomo en el ejercicio de sus funciones y en su administración, y cuyo objetivo prioritario será procurar la estabilidad del poder adquisitivo de la moneda nacional, fortaleciendo con ello la rectoría del desarrollo nacional que corresponde al Estado.

Artículo 31 Constitucional: Establece la obligación de los mexicanos de contribuir para los gastos públicos, así de la Federación, como del Distrito Federal o del Estado y Municipio en que residan, de la manera proporcional y equitativa que dispongan las leyes.

Aunque dicho artículo no hace referencia a los extranjeros para contribuir al gasto público de tales entidades políticas de nuestro país, la obligación en cuestión se hace efectiva cuando personas físicas y morales extranjeras, formen parte de agrupaciones o sociedades mercantiles o empresariales que se

equiparan como personas morales mexicanas a la luz de la Ley de Inversión Extranjera, o en su caso, al percibir ingresos, utilidades, ganancias, créditos, bienes, detentar algún capital, o efectúen actos y contratos en el territorio mexicano; esta sola circunstancia los hace sujetos pasivos de la obligación en cuestión, dado que en México hay igualdad jurídica de nacionales y extranjeros para contribuir al gasto público.

Artículo 73 Constitucional: Este artículo establece las facultades del Congreso de la Unión. Entre las relacionadas con la inversión podemos mencionar a las fracciones VII, VIII, IX, X, XVI, XVII, XVIII, XXIX-A, XXIX-D, XXIX-E, pero principalmente la fracción XXIX-F que faculta al Congreso para 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 requiere el desarrollo nacional.

Artículo 115 Constitucional: Este precepto dispone que los municipios administrarán libremente su hacienda y, en todo caso, percibirán contribuciones sobre la propiedad inmobiliaria, de su fraccionamiento, división, consolidación, traslación y mejora, así como las que tengan por base el cambio de valor de los inmuebles; además de que manejarán los ingresos derivados de la prestación de los servicios públicos a su cargo, como son, la limpia, recolección, traslado, tratamiento y disposición final de residuos, así como la seguridad pública.

Los Ayuntamientos municipales deben formular, aprobar y administrar la zonificación y planes de desarrollo urbano; regular y administrar sus reservas territoriales y ecológicas; autorizar, controlar y vigilar la utilización del suelo en sus respectivas jurisdicciones; intervenir en la regularización de la tenencia de la tierra urbana; otorgar licencias y permisos para construcciones, etc., de tal forma que las personas físicas y jurídicas que realicen inversiones en actividades industriales, comerciales, adquieran bienes o presten diversos servicios a la colectividad deben cumplir con su respectiva obligación tributaria y con los demás trámites u

obligaciones públicas municipales que se han anotado para que no incurran en infracciones, sanciones o delitos de carácter administrativo, fiscal o de orden común.

Artículo 117 Constitucional: Los impuestos al comercio exterior son los que gravan el tránsito de personas y cosas que atraviesan el territorio nacional, los bienes o insumos que entran o salen del país, los derechos de tonelaje, de aduanas, puertos, y los conocidos como alcabalatorias son privativos de la Federación. Por ello en el artículo 117 Constitucional se establecen prohibiciones para las entidades federativas de establecer tales tipos de contribuciones, del tal forma que las inversiones extranjeras que se relacionen con dichos gravámenes, quedan sujetas fiscalmente al gobierno Federal. Los empréstitos o créditos a favor de los Estados y Municipios, sólo podrán contraerse en México por personas físicas y jurídicas de esta nación, más no por gobiernos de otros países o personas públicas y privadas extranjeras, ni tampoco pueden contraer esta clase de obligaciones en moneda extranjera.

Artículo 118 Constitucional: Este artículo determina que los Estados tampoco pueden, sin consentimiento del Congreso de la Unión, establecer derechos de tonelaje, ni otro alguno de puertos, ni imponer contribuciones o derechos sobre importaciones o exportaciones.

Artículo 122 Constitucional: Establece la competencia de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, para expedir normas sobre fomento económico, establecimientos mercantiles, planeación de desarrollo urbano, asentamientos humanos, espectáculos públicos, vivienda, turismo, mercados, industria, medio ambiente, administración pública, y demás materias que permitan fomentar el flujo de inversiones de capital nacional y externo en la Ciudad de México y zonas aledañas de la capital directamente y en coordinación con los gobiernos locales y municipales de esa región metropolitana.

Artículo 131 Constitucional: Este precepto constitucional determina la facultad privativa de la Federación de gravar las mercancías que se importen o exporten, o que pasen de tránsito por el territorio nacional, así como reglamentar en todo tiempo y aún prohibir, por motivos de seguridad o de policía, la circulación en el interior de la República de toda clase de efectos, cualquiera que sea su procedencia.

Asimismo, posibilita al Ejecutivo a ser facultado por el Congreso de la Unión para aumentar, disminuir o suprimir las cuotas de las tarifas de exportación e importación, expedidas por el propio Congreso, y para crear otras; así como para restringir y para prohibir las importaciones, las exportaciones y el tránsito de productos, artículos y efectos, cuando lo estime urgente, a fin de regular el comercio exterior, la economía del país, la estabilidad de la producción nacional, o de realizar cualquiera otro propósito, en beneficio del país.

Artículo 133 Constitucional: El artículo preceptúa como ley suprema de toda la Unión a la Constitución, las leyes del Congreso de la Unión y los tratados internacionales, de los cuales México ha suscrito diversos en materia de inversión. Aunque la Suprema Corte de Justicia de la Nación haya establecido erróneamente la Tesis P.LXXVII/99, cuyo rubro es: “TRATADOS INTERNACIONALES SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”, lo que sólo aplica en materia internacional, considerando que: “Para lo meramente interno, en México podrá regir el artículo 133 constitucional reformado pero, para lo internacional, respecto de nuestro país rige la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados... ..México no está en aptitud jurídica de argumentar razones derivadas de su Derecho interno para evadir los deberes de un tratado internacional determinado pues, según el artículo 27 de tal Convención, está impedido para hacerlo.”⁸¹

⁸¹ BOLAÑOS LINARES, Rigel, Op. Cit., p. 144.

- LEY DE INVERSIÓN EXTRANJERA

Mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 27 de diciembre de 1993, fue expedida la Ley de Inversión Extranjera⁸², que entró en vigor al día siguiente de su publicación, quedando abrogada la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera de 1973.

La Ley de Inversión Extranjera es de orden público y de observancia general en toda la República, su objeto es la determinación de reglas para canalizar la inversión extranjera hacia el país y propiciar que esta contribuya al desarrollo nacional, siendo por tanto reglamentaria de la fracción XXIX-F del artículo 73 constitucional, al que ya hicimos referencia en puntos anteriores.

Dicha ley en su artículo 2° considera a la inversión extranjera, como la participación de inversionistas extranjeros, en cualquier proporción, en el capital social de sociedades mexicanas; la inversión realizada por sociedades mexicanas con mayoría de capital extranjero; y la participación de inversionistas extranjeros en las actividades y actos contemplados en ella.

El inversionista extranjero, es la persona física o jurídica de nacionalidad distinta a la mexicana o las entidades públicas o privadas extranjeras sin personalidad jurídica, y las cuales participan con su capital social en actividades industriales, comerciales, de investigación, en créditos o en prestación de servicios dentro del territorio nacional mexicano, ya sea como socios o accionistas.

Para efectos de la ley en comento, se equipara a la inversión mexicana la que efectúen los extranjeros en el país con calidad de inmigrados. También se establece que la inversión extranjera podrá participar en cualquier proporción en el capital social de sociedades mexicanas, adquirir activos fijos, ingresar a nuevos campos de actividad económica o fabricar nuevas líneas de productos, abrir y

⁸² En lo sucesivo LIE.

operar establecimientos, y ampliar o relocalizar los ya existentes, salvo por lo dispuesto en dicha ley.

Las reglas sobre la participación de la inversión extranjera en las actividades del sector financiero contempladas en la ya mencionada Ley, se aplicarán sin perjuicio de lo que establezcan las leyes específicas para esas actividades, de tal forma que para efectos de determinar el porcentaje de inversión extranjera en las actividades económicas sujetas a límites máximos de participación, no se computará la inversión extranjera que, de manera indirecta, sea realizada en dichas actividades a través de sociedades mexicanas con mayoría de capital mexicano, siempre que estas últimas no se encuentren controladas por la inversión extranjera.

El artículo 5° de la Ley de Inversión Extranjera, contempla que están reservadas de manera exclusiva al Estado las funciones que determinen las leyes en las siguientes áreas estratégicas: petróleo y demás hidrocarburos; petroquímica básica; electricidad; generación de energía nuclear; minerales radioactivos; telégrafos; radiotelegrafía; correos; emisión de billetes; acuñación de moneda; control, supervisión y vigilancia de puertos, aeropuertos y helipuertos; y las demás que expresamente señalen las disposiciones legales aplicables.

Cabe destacar que la Ley en comento en su artículo 7° establece actividades económicas y sociedades en las cuales la inversión extranjera solamente puede participar, a lo más, con un porcentaje específico:

I.- Hasta el 10% en sociedades cooperativas de producción; II.- Hasta el 25% en transporte aéreo nacional, transporte en aerotaxi y transporte aéreo especializado; III.- Hasta el 49% en instituciones de seguros, instituciones de fianzas, casas de cambio, almacenes generales de depósito, arrendadoras financieras, empresas de factoraje financiero, sociedades financieras de objeto limitado, sociedades a las

que se refiere el artículo 12 bis de la Ley del Mercado de Valores⁸³, administradoras de fondos para el retiro, fabricación y comercialización de explosivos, armas de fuego, cartuchos, municiones y fuegos artificiales, sin incluir la adquisición y utilización de explosivos para actividades industriales y extractivas, ni la elaboración de mezclas explosivas para el consumo de dichas actividades, impresión y publicación de periódicos para circulación exclusiva en territorio nacional, acciones serie “T”⁸⁴ de sociedades que tengan en propiedad tierras agrícolas, ganaderas y forestales, pesca en agua dulce, costera y en la zona económica exclusiva, sin incluir acuicultura, administración portuaria integral, servicios portuarios de pilotaje a las embarcaciones para realizar operaciones de navegación interior en los términos de la Ley de la materia, sociedades navieras dedicadas a la explotación comercial de embarcaciones para la navegación interior y de cabotaje, con excepción de cruceros turísticos y la explotación de dragas y artefactos navales para la construcción, conservación y operación portuaria, suministro de combustibles y lubricantes para embarcaciones y aeronaves y equipo ferroviario, y sociedades concesionarias en los términos de los artículos 11 y 12 de la Ley Federal de Telecomunicaciones.⁸⁵

⁸³ Hace referencia a las sociedades civiles y anónimas cuya participación extranjera en el capital y en los órganos de administración sea minoritaria y no pueda corresponderle, por ningún título, la facultad de determinar el manejo de la sociedad.

⁸⁴ Ley Agraria, Publicada en el DOF el 26 de febrero de 1992, artículo 126.- “Las sociedades mercantiles o civiles no podrán tener en propiedad tierras agrícolas, ganaderas o forestales en mayor extensión que la equivalente a veinticinco veces los límites de la pequeña propiedad individual y deberán cumplir con los siguientes requisitos: fracción III. Su capital social deberá distinguir una serie especial de acciones o partes sociales identificada con la letra T, la que será equivalente al capital aportado en tierras agrícolas, ganaderas o forestales o al destinado a la adquisición de las mismas, de acuerdo con el valor de las tierras al momento de su aportación o adquisición.

⁸⁵ Ley Federal de Telecomunicaciones, publicada en el DOF el 7 de junio de 1995, artículo 11. Se requiere concesión de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes para: I. Usar, aprovechar o explotar una banda de frecuencias en el territorio nacional, salvo el espectro de uso libre y el de uso oficial; II. Instalar, operar o explotar redes públicas de telecomunicaciones; III. Ocupar posiciones orbitales geoestacionarias y órbitas satelitales asignadas al país, y explotar sus respectivas bandas de frecuencias, y IV. Explotar los derechos de emisión y recepción de señales de bandas de frecuencias asociadas a sistemas satelitales extranjeros que cubran y puedan prestar servicios en el territorio nacional. Artículo 12. Las concesiones a que se refiere esta Ley sólo se otorgarán a personas físicas o morales de nacionalidad mexicana. La participación de la inversión extranjera, en ningún caso podrá exceder del 49 por ciento, excepto en tratándose del servicio de telefonía celular. En este caso, se requerirá resolución favorable de la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras, para que la inversión extranjera participe en un porcentaje mayor.

Los límites para la participación de inversión extranjera señalados en este 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 a través de la inversión neutra.

Se requiere resolución favorable de la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras para que la inversión extranjera participe en un porcentaje mayor al 49% en las actividades económicas y sociedades que se mencionan a continuación: I.- Servicios portuarios a las embarcaciones para realizar sus operaciones de navegación interior, tales como el remolque, amarre de cabos y lanchaje; II.- Sociedades navieras dedicadas a la explotación de embarcaciones exclusivamente en tráfico de altura; III.- Sociedades concesionarias o permisionarias de aeródromos de servicio al público; IV.- Servicios privados de educación preescolar, primaria, secundaria, media superior, superior y combinados; V.- Servicios legales; VI.- Sociedades de información crediticia; VII.- Instituciones calificadoras de valores; VIII.- Agentes de seguros; IX.- Telefonía celular; X.- Construcción de ductos para la transportación de petróleo y sus derivados; XI.- Perforación de pozos petroleros y de gas, y XII.- Construcción, operación y explotación de vías férreas que sean vía general de comunicación, y prestación del servicio público de transporte ferroviario.

La LIE también establece la inversión neutra, que es aquella realizada en sociedades mexicanas o en fideicomisos autorizados conforme a la propia LIE y que no se computará para determinar el porcentaje de inversión extranjera en el capital social de sociedades mexicanas. Lo que significa en este caso que no existe un límite mínimo o máximo para que el capital extranjero forme parte de la sociedad respectiva. La Secretaría de Relaciones Exteriores podrá autorizar a las instituciones fiduciarias para que expidan instrumentos de inversión neutra que únicamente otorgarán, respecto de sociedades, derechos pecuniarios a sus

tenedores y, en su caso, derechos corporativos limitados, sin que concedan a sus tenedores derecho de voto en sus Asambleas Generales Ordinarias.

Asimismo, la Ley de Inversión Extranjera establece la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras, que es un organismo intersecretarial presidido por el Secretario de Economía que para su funcionamiento contará con un Secretario Ejecutivo y un Comité de Representantes, teniendo a su cargo las siguientes atribuciones: dictar los lineamientos de política en materia de inversión extranjera y diseñar mecanismos para promover la inversión en México; resolver, a través de la Secretaría, sobre la procedencia y en su caso, sobre los términos y condiciones de la participación de la inversión extranjera de las actividades o adquisiciones con regulación específica, conforme a las resoluciones favorables de la Comisión en los casos de que la inversión extranjera participe en un porcentaje mayor al 49%; ser órgano de consulta obligatoria en materia de inversión extranjera para las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal; establecer los criterios para la aplicación de las disposiciones legales y reglamentarias sobre inversión extranjera, mediante la expedición de resoluciones generales; y las demás que le correspondan conforme a la ley en consulta.

La Ley de Inversión Extranjera establece también el Registro Nacional de Inversiones Extranjeras, el cual no tendrá carácter público, y se dividirá en las secciones que establezca su reglamento, mismo que determinará su organización, así como la información que deberá proporcionarse al propio Registro.

Deberán inscribirse en dicho Registro:

I.- Las sociedades mexicanas en las que participen, incluso a través de fideicomiso:

- a) La inversión extranjera;
- b) Los mexicanos que posean o adquieran otra nacionalidad y que tengan su domicilio fuera del territorio nacional, o

c) La inversión neutra;

II.- Quienes realicen habitualmente actos de comercio en la República Mexicana, siempre que se trate de:

a) Personas físicas o morales extranjeras, o

b) Mexicanos que posean o adquieran otra nacionalidad y que tengan su domicilio fuera del territorio nacional, y

III.- Los fideicomisos de acciones o partes sociales, de bienes inmuebles o de inversión neutra, por virtud de los cuales se deriven derechos en favor de la inversión extranjera o de mexicanos que posean o adquieran otra nacionalidad y que tengan su domicilio fuera del territorio nacional.

El Registro estará a cargo de la Secretaría de Economía, y tendrá a su cargo expedir las constancias de inscripción a los interesados con los datos respectivos para su identificación. De igual forma se debe inscribir todo lo relacionado con la constitución, modificación, transformación, fusión, disolución y liquidación de sociedades mercantiles, de sociedades y asociaciones civiles en donde intervenga capital extranjero, y en general todos aquellos actos relacionados con las mismas.

- LEY DE COMERCIO EXTERIOR

El comercio exterior de un país se define como “aquella parte del sector externo de una economía que regula los intercambios de mercancías, productos y servicios entre proveedores y consumidores residentes en dos o más mercados nacionales y/o países distintos, incluso considera los intercambios de capital, y los aspectos referentes a la entrada temporal de personas de negocios. Se trata de transacciones físicas entre residentes de dos o más territorios aduaneros que se registran estadísticamente en la balanza comercial de los países implicados.”⁸⁶

⁸⁶ WITKER, Jorge y HERNÁNDEZ, Laura, Régimen jurídico del comercio exterior, UNAM, México, 2002, p. 11.

El objeto de la Ley en comento es regular y promover el comercio exterior, incrementar la competitividad de la economía nacional, propiciar el uso eficiente de los recursos productivos del país, integrar adecuadamente la economía mexicana con la internacional y contribuir a la elevación del bienestar de la población.

La Ley de Comercio Exterior establece que el Ejecutivo tiene las siguientes facultades: crear, aumentar, disminuir o suprimir aranceles, mediante decretos publicados en el Diario Oficial de la Federación, de conformidad con lo establecido en el artículo 131 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; regular, restringir o prohibir la exportación, importación, circulación o tránsito de mercancías, cuando lo estime urgente, mediante decretos publicados en el Diario Oficial de la Federación, de conformidad con el artículo 131 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; establecer medidas para regular o restringir la exportación o importación de mercancías a través de acuerdos expedidos por la Secretaría de Economía o, en su caso, conjuntamente con la autoridad competente, y publicados en el Diario Oficial de la Federación; establecer medidas para regular o restringir la circulación o tránsito de mercancías extranjeras por el territorio nacional procedentes del y destinadas al exterior a través de acuerdos expedidos por la autoridad competente y publicados en el Diario Oficial de la Federación; conducir negociaciones comerciales internacionales a través de la Secretaría de Economía, sin perjuicio de las facultades que correspondan a otras dependencias del Ejecutivo Federal, y coordinar, a través de dicha Secretaría, la participación de las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal y de los gobiernos de los Estados en las actividades de promoción del comercio exterior, así como concertar acciones en la materia con el sector privado.

Conforme a la Ley en estudio, la Secretaría de Economía tiene las siguientes facultades: estudiar, proyectar y proponer al Ejecutivo Federal modificaciones arancelarias; tramitar y resolver las investigaciones en materia de

medidas de salvaguarda, así como proponer al Ejecutivo Federal las medidas que resulten de dichas investigaciones; estudiar, proyectar, establecer y modificar medidas de regulación y restricción no arancelarias a la exportación, importación, circulación y tránsito de mercancías; establecer las reglas de origen; otorgar permisos previos y asignar cupos de exportación e importación; establecer los requisitos de marcado de país de origen; tramitar y resolver las investigaciones en materia de prácticas desleales de comercio internacional, así como determinar las cuotas compensatorias que resulten de dichas investigaciones; asesorar a los exportadores mexicanos involucrados en investigaciones en el extranjero en materia de prácticas desleales de comercio internacional y medidas de salvaguarda; coordinar las negociaciones comerciales internacionales con las dependencias competentes; expedir las disposiciones de carácter administrativo en cumplimiento de los tratados o convenios internacionales en materia comercial de los que México sea parte; establecer mecanismos de promoción de las exportaciones, y las demás que le encomienden expresamente leyes y reglamentos.

Asimismo, se establecen órganos auxiliares del Ejecutivo Federal en comercio exterior, y son la Comisión de Comercio Exterior, que es un órgano de consulta obligatoria de las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal en relación con las materias reservadas al Ejecutivo Federal, respecto las cuales estará encargada de emitir opinión en los asuntos de comercio exterior de conformidad a lo establecido por la Ley en estudio. La Comisión de Comercio Exterior revisará periódicamente las medidas de regulación y restricción al comercio exterior que se encuentren vigentes, a fin de recomendar las modificaciones a que haya lugar. Además podrá celebrar audiencias públicas con los interesados; y la Comisión Mixta para la Promoción de las Exportaciones auxiliará al Ejecutivo Federal en relación a la coordinación entre dependencias y entidades de la Administración Pública Federal y los gobiernos de los Estados, para lo cual tendrá la facultad de analizar, evaluar, proponer y concertar acciones

entre los sectores público y privado en materia de exportaciones de bienes y servicios.

Para efectos de la ley que se comenta, los aranceles son las cuotas de las tarifas de los impuestos generales de exportación e importación, los cuales podrán ser:

- Ad-valorem, cuando se expresen en términos porcentuales del valor en aduana de la mercancía.
- Específicos, cuando se expresen en términos monetarios por unidad de medida, y
- Mixtos, cuando se trate de la combinación de los dos anteriores.

Tales aranceles podrán adoptar las siguientes modalidades:

- Arancel-cupo, cuando se establezca un nivel arancelario para cierta cantidad o valor de mercancías exportadas o importadas, y una tasa diferente a las exportaciones o importaciones de esas mercancías que excedan dicho monto;
- Arancel estacional, cuando se establezcan niveles arancelarios distintos para diferentes períodos del año, y
- Las demás que señale el Ejecutivo Federal.

Podrán establecerse aranceles diferentes a los generales previstos en las tarifas de los impuestos generales de exportación e importación cuando así lo establezcan tratados o convenios comerciales internacionales de los que México sea parte.

El título V de la Ley de Comercio Exterior regula las prácticas desleales del comercio internacional, como la discriminación de precios, las subvenciones y el daño y amenaza de daño a la producción nacional.

La Ley de Comercio Exterior contempla también la promoción de exportaciones, que tendrá como objetivo incrementar la participación de los productos y servicios mexicanos en los mercados internacionales. Las actividades de promoción de exportaciones buscarán:

- I. Aprovechar los logros alcanzados en negociaciones comerciales internacionales;
- II. Facilitar proyectos de exportación;
- III. Resolver a la brevedad los problemas a los que se enfrentan las empresas para concurrir a los mercados internacionales; incluyendo aquellos derivados de los mecanismos de solución de controversias previstos en los tratados internacionales de los que México sea parte.
- IV. Proporcionar de manera expedita los servicios de apoyo del comercio exterior, y
- V. Las demás acciones que señalen expresamente otras Leyes o reglamentos.

El Ejecutivo Federal, por conducto de la Secretaría de Economía y en coordinación con las dependencias competentes, deberá establecer mediante decretos publicados en el Diario Oficial de la Federación, programas de promoción vinculados a la infraestructura, capacitación, coordinación, organización, financiamiento, administración fiscal y aduanera y modernización de mecanismos de comercio exterior, siempre y cuando se trate de prácticas internacionalmente aceptadas.

Cabe mencionar, que la Secretaría de Economía, está facultada para imponer sanciones a las conductas contrarias a la Ley de Comercio Exterior, la cual contempla en el Título noveno el recurso administrativo de revocación, que podrá promover aquella persona que se considere afectada por la imposición de una sanción.

CAPÍTULO

4

FOMENTO DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA DIRECTA EUROPEA EN MÉXICO, A TRAVÉS DEL JOINT VENTURE EN MATERIA DE SERVICIOS, CONFORME AL TRATADO DE LIBRE COMERCIO MÉXICO-UNIÓN EUROPEA

4.1 ANTECEDENTES Y EVOLUCIÓN DE LAS RELACIONES ENTRE MÉXICO Y LA UNIÓN EUROPEA

Antes de entrar propiamente al estudio de las disposiciones en materia de inversión del Acuerdo, resulta conveniente hablar brevemente de los antecedentes y la evolución de las relaciones entre México y la Unión Europea (UE), que llevaron a la idea de crear este acuerdo.

México y la UE mantienen relaciones diplomáticas desde 1960 y, en el año de 1975 firmaron el primer Acuerdo Marco de carácter netamente económico y comercial. Sin embargo, este Acuerdo no trajo los resultados esperados, por lo que el 26 de abril de 1991 en Luxemburgo, se suscribe un nuevo Acuerdo Marco de Cooperación denominado de “tercera generación”, que actualiza en su marco legal al acuerdo suscrito en 1975. “Este acuerdo, de carácter no preferencial, abre las posibilidades de cooperación a una amplia gama de temas de interés mutuo y cubre los siguientes sectores: finanzas, comercio, desarrollo industrial, agricultura, pesca, propiedad intelectual, normalización y certificación de la calidad, minería, tecnología de la información y telecomunicaciones, informática, transportes, salud pública, narcotráfico y farmacodependencia, energía, medio ambiente y protección de los recursos naturales, turismo, planificación del desarrollo, administración

pública, información, comunicaciones y cultura, capacitación y cooperación regional.”⁸⁷

A partir de la firma del Acuerdo de 1991, la relación entre México y la UE se intensificó, a la vez que la situación de cada una de las partes en el contexto mundial fue evolucionando. Por un lado, México dentro de su política de diversificación de sus relaciones, suscribió Tratados de Libre Comercio y Complementación Económica con un importante número de países, al tiempo que la UE continuó con su proceso de integración a través de la creación de un Mercado Único y de la conclusión del Tratado de Maastricht, mismo que señala el camino a seguir para llegar a la Unión Económica y Monetaria, entre otras importantes metas; por éstas razones, se hizo necesaria la creación de un nuevo instrumento que enmarcara la relación, al grado de reforzarla y profundizarla, añadiendo un capítulo político y la intención de explorar nuevas formas de acercamiento económico y comercial que hicieran posible, de forma efectiva, incrementar y equilibrar los intercambios comerciales entre ambas partes, así como aumentar los flujos de inversión productiva europea hacia nuestro país. Además, la celebración de un Acuerdo con la UE, representaba para México la posibilidad de diversificar sus relaciones comerciales muy integradas a Estados Unidos y, para los europeos, acceso al libre comercio con el segundo asociado comercial de Estados Unidos.

Así, con el propósito de estrechar las relaciones mutuas dentro de una perspectiva de largo plazo, el 2 de mayo de 1995 se firmó una Declaración Conjunta Solemne en París, que serviría como punto de referencia, para definir las directrices bajo las cuáles se negociaría el nuevo acuerdo, y son:

Objetivos comunes: Dicha Declaración, atiende al compromiso de las partes de respetar cabalmente los “objetivos y principios de la Carta de las Naciones

⁸⁷ MORALES PÉREZ, Eduardo (Coordinador), Las relaciones de México con la Unión Europea “retos y oportunidades”, EL COLEGIO MEXIQUENSE, México, 2003, p. 140.

Unidas”, principalmente, los relativos al mantenimiento de la democracia, el respeto de los derechos humanos, la salvaguarda de la paz y la seguridad internacionales, el logro de una economía mundial sana y la consolidación del multilateralismo.

Ámbito político: Se establece el compromiso de las partes de desarrollar un “diálogo político fortalecido sobre temas de interés común y una consulta estrecha en el seno de los organismos internacionales”, mismo que incluirá encuentros periódicos al más alto nivel político, entre jefes de Estado, secretarios y funcionarios.

Materia económica: Se buscará establecer un marco normativo que haga posible el desarrollo favorable de los intercambios de mercancías, servicios e inversiones. México tendrá por objetivo, el lograr un incremento efectivo y equilibrado de los intercambios entre ambas partes, así como la atracción de inversión productiva europea a nuestro país.

Cooperación: Además de la cooperación ya establecida en el Acuerdo Marco de 1991, se buscará poner en marcha proyectos que permitan incrementar los contactos y negocios entre empresas europeas y mexicanas, así como desarrollar la cooperación en sectores específicos de mutuo interés, como la protección al medio ambiente, el desarrollo industrial, las telecomunicaciones y la transferencia tecnológica y de conocimientos, entre otros. Respecto a este último punto, se prevé la posibilidad de que centros de investigación mexicanos puedan participar en programas europeos, a los cuales anteriormente no tenían acceso.

La cooperación económica estará destinada a aumentar la competitividad de las empresas pequeñas y medianas, la transferencia de tecnología y conocimientos prácticos y el fomento de empresas mixtas y alianzas

estratégicas⁸⁸. En ese capítulo se incluye capacitar a los trabajadores con los requisitos que exigen los inversionistas extranjeros.⁸⁹

Por último, la Declaración hace un llamado al Banco Europeo de Inversiones (BEI),⁹⁰ a fin de que intensifique sus actividades en México. De hecho, el 7 de marzo de 1995, México firmó un Convenio con dicha Institución, con el fin de poder acceder a los recursos de esta importante institución financiera europea, para el desarrollo de proyectos de infraestructura de gran envergadura.

Posteriormente, el 8 de diciembre de 1997 en la ciudad de Bruselas, se llevó a cabo la firma de los tres instrumentos que integran el Acuerdo de Asociación Económica, Concertación Política y Cooperación México-Unión Europea, y que permitirían alcanzar los objetivos contenidos en la Declaración Conjunta Solemne. Estos instrumentos comprenden:

- a) El Acuerdo de Asociación Económica, Concertación Política y Cooperación, mejor conocido como el **Acuerdo Global**, el cual incluye los capítulos relativos al mejoramiento de las relaciones políticas entre las partes; el aumento de la cooperación bilateral en distintas áreas, y los objetivos de la negociación comercial en los diferentes campos. De ahí que el denominado Tratado de Libre Comercio México-Unión Europea (TLCUEM) forme parte del mismo.
- b) El **Acuerdo Interino** sobre Comercio y cuestiones relacionadas con el Comercio, que forma parte del acuerdo global y que sentó las bases y las disciplinas para iniciar la negociación de una liberalización comercial en las áreas de competencia comunitaria, tales como comercio de bienes,

⁸⁸ Como se aprecia, ya desde la firma de esta Declaración se contempla el fomento de este tipo de alianzas, entre las cuales se incluye al contrato de joint venture.

⁸⁹ LEBRIJA, Alicia y SBERRO, Stephan, México-Unión Europea El acuerdo de asociación económica, concertación política y cooperación. Sus aspectos fundamentales, ITAM, México, 2002, p. 29.

⁹⁰ El Banco Europeo de Inversiones tiene como misión contribuir al desarrollo equilibrado y estable del mercado común en interés de la comunidad. Para este fin, el BEI concede préstamos y garantías en todos los sectores económicos para favorecer a las regiones menos desarrolladas, la modernización o reconversión de empresas, la creación de empleo o el desarrollo de proyectos de interés común para los Estados miembros (artículo 198, Tratado de la Comunidad Europea).

compras del sector público y política de competencia. El Acuerdo Interino no abarcaba el comercio en servicios, tema de la competencia de los Estados miembros. Dicho Acuerdo expiraría en cuanto el Consejo Conjunto adoptara la decisión de aprobar el Acuerdo Global.

- c) El **Acta Final**, que incluye una serie de declaraciones unilaterales e interpretativas de ambas partes entre las que destaca la “Declaración Conjunta del Comercio en Servicios”, la cual establece los principios que orientan los trabajos para la liberalización de los servicios en el marco de las negociaciones comerciales.

El 23 de marzo del 2000, en Lisboa Portugal, se firmó la “Declaración de Lisboa” y, se aprobaron los resultados de las negociaciones comerciales. En dicha ocasión, se reunió el Consejo Conjunto encargado de vigilar la aplicación del Acuerdo, el cual adoptó su propio reglamento (Decisión 1/2000) y aprobó los de conformidad al Acuerdo Interino (Decisión 2/2000). Con tales Decisiones, se cumplieron los requisitos para la entrada en vigor del TLCUEM el 1º de julio de 2000, en lo que concierne al comercio de bienes.

Así, el Acuerdo de Asociación Económica, Concertación Política y Cooperación, entró en vigor el 1º de octubre del 2000, conforme a lo dispuesto en su artículo 60, quedando pendientes algunos procedimientos comunitarios para la aplicación de los títulos relativos a diálogo político y cooperación, servicios, inversión y pagos relacionados, y propiedad intelectual.

4.2 ESTRUCTURA DEL ACUERDO

El Acuerdo de Asociación Económica, Concertación Política y Cooperación entre México y la UE, no consta en un solo documento, pues de sus propias disposiciones se observa, que su aplicación implica la consideración de dos documentos más:

- Decisión del Consejo Conjunto del Acuerdo global, cuyo nombre oficial es Decisión 2/2001 del Consejo Conjunto Comunidad Europea-México.
- Decisión del Consejo Conjunto del Acuerdo Interino sobre Comercio y Cuestiones relacionadas con el Comercio, cuyo nombre oficial es Decisión 2/2000 del Consejo Conjunto Comunidad Europea-México.

4.2.1 ACUERDO GLOBAL E INTERINO

Acuerdo Global

En el Acuerdo Global, participaron como miembros no sólo la Unión Europea y México, sino también los Estados miembros en lo particular, de ahí que su nombre oficial sea el de “Acuerdo de Asociación Económica, Concertación Política y Cooperación entre los Estados Unidos Mexicanos, por una parte, y la Comunidad Europea y sus Estados Miembros⁹¹, por otra. Dicho Acuerdo consta de 60 artículos divididos en 8 títulos, conformados de la siguiente manera:

Preámbulo	
Título I	Naturaleza y ámbito de aplicación
Título II	Diálogo Político
Título III	Comercio
Título IV	Movimiento de Capital y Pagos

⁹¹ En ese entonces la Comunidad Europea estaba conformada por 15 Estados miembros: Bélgica, Dinamarca, Alemania, Grecia, España, Francia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Holanda, Austria, Portugal, Finlandia, Suecia y el Reino Unido. Posteriormente, vino su ampliación hacia el Este y, actualmente, se compone por 25 países.

Título V	Contratación Pública, Competencia, Propiedad Intelectual y demás disposiciones relacionadas con el comercio
Título VI	Cooperación
Título VII	Marco Institucional
Título VIII	Disposiciones Finales

En lo referente al Título I (Naturaleza y ámbito de aplicación), el artículo 1 establece la denominada “cláusula democrática”, misma que constituye un estándar que la UE incluye en todos los acuerdos suscritos con terceros Estados. La cláusula es una declaración vinculante que actúa también como condición para la validez del acuerdo, y dispone: “el respeto a los principios democráticos y a los derechos humanos fundamentales, tal como se enuncian en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, inspira las políticas internas e internacionales de las Partes y constituye un elemento esencial del presente Acuerdo.”

El artículo 58 del Acuerdo Global, dispone que se considerará como incumplimiento sustancial del Acuerdo, la falta de cumplimiento de los elementos esenciales del Acuerdo contemplados en el artículo 1. Respecto a esta cláusula, nuestro país incluyó como anexo una declaración unilateral en donde establece los principios bajo los cuáles se sustenta la política externa de la nación, retomando nuestros principios constitucionales en esta materia.

En lo relativo al Título II (Diálogo político), las partes acordaron institucionalizar el diálogo al más alto nivel político, basado en los principios democráticos y los derechos humanos fundamentales, incluyendo a todas las cuestiones bilaterales e internacionales de interés común. Éste se llevará a cabo conforme a la “Declaración Conjunta de México y la Unión Europea sobre Diálogo Político” contenida en el Acta Final, misma que forma parte integrante del Acuerdo.

En lo que se refiere al Título III (Comercio), resulta imprescindible para nuestra investigación señalar que en el artículo 4, se estableció como objetivo principal de este Acuerdo, el de establecer un marco para fomentar el desarrollo de los intercambios de bienes y servicios, incluyendo una liberalización “bilateral y preferencial”⁹², progresiva y recíproca del comercio de bienes y servicios que tenga en cuenta la sensibilidad de determinados productos y sectores de servicios, de conformidad con las normas de la Organización Mundial del Comercio, en especial el artículo XXIV del Acuerdo General de Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (GATT), y el artículo V del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (GATS). Ambas disposiciones multilaterales son las que definen los criterios y alcance de la liberalización en zonas de libre comercio.

Debemos tener en cuenta que la parte relativa a comercio no se limita a la liberalización de los intercambios de bienes y servicios, sino que también se incluyen otros temas de suma importancia, como los movimientos de capital y pagos, contratación pública y políticas de competencia.

El Acuerdo también prevé la posibilidad de actuar en 29 sectores bajo los siguientes ámbitos de cooperación: industrial, fomento de inversiones⁹³, servicios financieros, pequeñas y medianas empresas, aduanas, sociedad de la información, sector agropecuario, pesca, minería, energía, transportes, turismo, estadísticas, administración pública, lucha contra drogas, lavado de dinero, control de precursores, *ciencia y tecnología, formación y educación, cultura*⁹⁴, sector audiovisual, información y comunicación, medio ambiente y recursos naturales, asuntos sociales y para la superación de la pobreza, cooperación regional, en materia de refugiados, derechos humanos y democracia, protección al

⁹² En relación a la inclusión de estos adjetivos calificativos del tipo de liberalización comercial acordada, podemos decir que tales términos le otorgan al Acuerdo un carácter especial que lo hace diferente de otros Acuerdos que la UE ha firmado con terceros países, en donde no se establece tan claramente el compromiso de liberalización bilateral plena. Además de que con ello se descarta la posibilidad de una negociación “*erga omnes*”, que sólo tiene sentido en un contexto multilateral.

⁹³ Particularmente, los artículos 8, 9 y 15 establecen lo relativo al marco para promover la inversión entre las partes.

⁹⁴ La cooperación en este ámbito es un complemento fundamental de la cooperación económica y el desarrollo de la competitividad en el país.

consumidor, protección de datos y salud. Asimismo, se establece que a través de la Cláusula evolutiva las partes podrán aumentar los niveles de cooperación y complementarlos mediante acuerdos relativos a sectores o actividades específicas. Además, se abre la posibilidad de participar en programas exclusivos para los europeos, lo que significa un gran avance respecto al Acuerdo Marco de 1991.

También se crea un Consejo Conjunto⁹⁵ encargado de supervisar la aplicación del Acuerdo y de decidir las medidas y el calendario para la liberalización bilateral, progresiva y recíproca, de las barreras arancelarias y no arancelarias, tanto de bienes como de servicios. Además, examinará todas las cuestiones principales que surjan dentro del marco del Acuerdo y cualquier otra cuestión bilateral o internacional de interés mutuo. Asimismo, cuenta con facultades decisorias para adoptar las medidas necesarias para “intensificar y perfeccionar” la cooperación prevista, mediante evaluaciones periódicas, así como para coordinar y supervisar la aplicación de los acuerdos sectoriales previstos en el Acuerdo y los demás que eventualmente suscriban las partes. Estará asistido en la realización de sus tareas por un Comité Conjunto, compuesto por un lado, por representantes del Gobierno de México, normalmente a nivel de altos funcionarios y, por otro, por representantes de los miembros del Consejo de la Unión Europea y miembros de la Comisión Europea. Sus obligaciones comprenderán, entre otras cosas, la preparación de reuniones del Consejo Conjunto y el funcionamiento del propio Comité.

De igual forma, se establece una mecánica para la solución de controversias, compatible con las disposiciones pertinentes de la OMC en la materia, a través de un proceso de discusión en el seno del Consejo Conjunto.

⁹⁵ Es el máximo órgano del Acuerdo, y está formado por miembros del Gobierno de México, por una parte, y los miembros del Consejo de la Unión Europea y miembros de la Comisión Europea, por otra. La Presidencia de dicho órgano la ejercerá, alternativamente, un miembro del Gobierno de México y un miembro del Consejo de la Unión Europea.

Acuerdo Interino

Con el objeto de evitar un retraso en las negociaciones comerciales, México y la UE decidieron establecer el “Acuerdo Interino sobre Comercio y Cuestiones Relacionadas con el Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos, por una parte, y la Comunidad Europea, por la otra”⁹⁶. El Acuerdo Interino no recoge el comercio en servicios y su objetivo sería el fomentar el desarrollo de los intercambios de bienes, incluyendo una liberalización bilateral y preferencial, progresiva y recíproca del comercio de bienes que tenga en cuenta la sensibilidad de determinados productos, de conformidad con las normas de la OMC.

Ambos Acuerdos, tanto el Global como el Interino, prevén la creación de un Consejo Conjunto para cada uno. Pero en razón de que el marco del Acuerdo Interino sería negociado más rápidamente, decidió incluirse dentro del Acuerdo Global una disposición⁹⁷ que señala, que en el momento de la entrada en vigor del Acuerdo Global, toda decisión adoptada por el Consejo Conjunto establecido en el Acuerdo Interino sobre comercio y cuestiones relacionadas con el comercio entre México y la Comunidad Europea, sería considerada como adoptada por el Consejo Conjunto del Acuerdo Global, una vez que éste fuera aprobado.

Debido al hecho de que el Acuerdo Global comprende aspectos que son de la competencia de la Unión Europea, y otros, como la propiedad intelectual, la inversión y los servicios, que caen dentro de la jurisdicción de los Estados miembros, el instrumento no sólo requería de la aprobación de las instituciones de la UE, sino también de las de los Estados miembros.

Ante de concluir este punto, debemos mencionar que con la entrada en vigor del Acuerdo Global, el Consejo Conjunto de dicho Acuerdo, adoptó las

⁹⁶ Obsérvese la ausencia de “y sus Estados miembros” en el nombre oficial, lo que indica los dos niveles distintos de competencia: la de la UE en su conjunto y la de cada uno de los Estados miembros.

⁹⁷ Nos referimos al artículo 60 (5) del Acuerdo Global.

decisiones que en el momento de estar vigente tomó el Consejo Conjunto del Acuerdo Interino, por lo que este último desaparece.

Por último, el artículo 60 (2) del Acuerdo Global establece que la aplicación de los títulos II (Diálogo Político) y IV (Movimientos de Capital y Pagos), quedaría suspendida hasta la adopción, por parte del Consejo Conjunto, de las Decisiones del Acuerdo Global y del Acuerdo Interino, mismas a las que nos referiremos a continuación.

4.2.2 LAS DECISIONES DE LOS CONSEJOS CONJUNTOS

Decisión 2/2001 del Consejo Conjunto Comunidad Europea-México

La Decisión del Consejo Conjunto del Acuerdo Global que entró en vigor el 1 de octubre de 2001, establece una serie de disposiciones que permiten llevar a cabo los acuerdos necesarios para alcanzar los siguientes objetivos del Acuerdo:

- a) La liberalización progresiva y recíproca del comercio de servicios (este objetivo se relaciona con los artículos 4 y 6 del Acuerdo Global), de conformidad con los artículos V y VII del GATS.
- b) La liberalización progresiva de la inversión y pagos. El artículo 9 del Acuerdo, determina que el Consejo Conjunto adoptará las medidas y el calendario para la supresión progresiva y recíproca de las inversiones y pagos entre las partes.
- c) Asegurar la protección adecuada y efectiva de los derechos de propiedad intelectual. El artículo 12 del Acuerdo, establece que el Consejo Conjunto decidirá las medidas específicas que deberán adoptarse para asegurar una adecuada y efectiva protección de los derechos de propiedad intelectual, de conformidad con las normas internacionales más exigentes.
- d) El establecimiento de un mecanismo de solución de controversias. El artículo 50 del Acuerdo, estipula que el Consejo Conjunto decidirá sobre el

establecimiento de un procedimiento específico para la solución de controversias comerciales y relacionadas con el comercio, compatible con las normas de la OMC en la materia.

Los artículos del Acuerdo con los cuales se relaciona esta Decisión, mencionados en los incisos anteriores, se denominan según el propio acuerdo “instrumentos jurídicos abarcados”.

Esta Decisión se encuentra integrada por siete títulos, tres anexos, un apéndice y una declaración conjunta. Las disposiciones contenidas en esta Decisión se estructuran de la siguiente forma:

Título I	Disposiciones Generales
Título II	Comercio de Servicios
<i>Capítulo I</i>	<i>Disposiciones Generales</i>
<i>Capítulo II</i>	<i>Transporte Marítimo</i>
<i>Capítulo III</i>	<i>Servicios Financieros</i>
<i>Capítulo IV</i>	<i>Excepciones Generales</i>
Título III	Inversión y Pagos Relacionados
Título IV	Propiedad Intelectual
Título V	Solución de Controversias
<i>Capítulo I</i>	<i>Ámbito de aplicación</i>
<i>Capítulo II</i>	<i>Consultas</i>
<i>Capítulo III</i>	<i>Procedimiento arbitral</i>
Título VI	Obligaciones Específicas del Comité Conjunto referentes a Comercio y cuestiones relacionadas con el Comercio
Título VII	Disposiciones Finales

En el artículo 2 se define al comercio de servicios como la prestación de un servicio:

- a) del territorio de una Parte al territorio de la otra Parte;
- b) en el territorio de una Parte a un consumidor de servicios de la otra Parte;
- c) por un proveedor de servicios de una Parte mediante la presencia comercial en el territorio de la otra Parte;
- d) por un proveedor de servicios de una Parte mediante la presencia de personas físicas en el territorio de la otra Parte.

Hay que destacar que estas disposiciones se aplican a las diferentes formas de prestación de servicios. Además, todas las actividades del sector han quedado cubiertas, salvo los servicios audiovisuales, los servicios aéreos y el cabotaje marítimo.

El comercio de servicios se encuentra regido por dos principios muy importantes, que son: el Trato de la nación más favorecida, referente a que el trato otorgado a los proveedores de servicios de la otra Parte no será menos favorable que aquél otorgado a los proveedores de servicios similares de cualquier tercer país; y el Trato nacional, en virtud del cual se otorgará a los servicios y a los proveedores de servicios de la otra Parte, con respecto a todas las medidas que afecten el suministro de servicios, un trato no menos favorable que el que otorgue a sus propios servicios similares o proveedores de servicios similares.

El Capítulo III dispone lo relativo a los servicios financieros, entendiéndose como “cualquier servicio de naturaleza financiera ofrecido por algún proveedor de servicios financieros de una Parte”. Estos servicios comprenden las actividades siguientes:

- a) Servicios de seguros y relacionados con seguros
- b) Servicios bancarios y demás servicios financieros (excluidos los seguros)

A partir de la entrada en vigor de la Decisión, las partes se comprometieron a no adoptar nuevas medidas discriminatorias ni medidas más discriminatorias respecto al suministro de servicios. Además, el Consejo Conjunto estableció el compromiso de que a más tardar tres años después de la entrada en vigor de esta Decisión, adoptaría una decisión que contuviera una lista de compromisos estableciendo el nivel de liberalización que las Partes acordaran otorgarse mutuamente al final del período de transición de 10 años, contados a partir de su entrada en vigor. Al igual que un calendario de liberalización comprendiendo estos 10 años.

Decisión 2/2000 del Consejo Conjunto Comunidad Europea-México

La Decisión del Consejo Conjunto del Acuerdo Interino sobre Comercio y Cuestiones Relacionadas con el Comercio entre México y la Comunidad Europea, que entró en vigor el 1 de julio de 2000, establece una serie de disposiciones que permiten alcanzar los acuerdos necesarios, relativos a determinados objetivos del Acuerdo Interino (instrumentos jurídicos abarcados) y son los siguientes:

- a) La liberalización progresiva y recíproca del comercio de bienes, de conformidad con el artículo XXIV del GATT de 1994. El artículo 5 del Acuerdo Global dispone que el Consejo Conjunto decidirá las medidas y el calendario para dicha liberalización.
- b) La apertura de los mercados convenidos de contratación pública de las Partes. Para lograr este objetivo, el artículo 10 del Acuerdo Global prevé que el Consejo Conjunto decidirá sobre las disposiciones apropiadas y el calendario para la apertura gradual y recíproca de los mercados de contratación pública, acordados sobre una base de reciprocidad.
- c) El establecimiento de un mecanismo de cooperación en materia de competencia. El artículo 11 del Acuerdo ordena que el Consejo Conjunto establecerá los mecanismos de cooperación y coordinación entre sus autoridades competentes, para aplicar sus leyes de competencia.

- d) El establecimiento de un mecanismo de consultas en materia de asuntos de propiedad intelectual. El artículo 12 del Acuerdo establece que el Consejo Conjunto dispondrá un mecanismo de consultas con miras a alcanzar las soluciones mutuamente satisfactorias en caso de dificultades en la protección de la propiedad intelectual.
- e) El establecimiento de un mecanismo de solución de controversias. El artículo 50 del Acuerdo establece que el Consejo Conjunto decidirá sobre el establecimiento de un procedimiento específico para la solución de controversias comerciales y relacionadas con el comercio, compatible con las disposiciones pertinentes de la OMC en la materia.

El contenido de esta Decisión está conformado por ocho títulos, dieciséis anexos, apéndices y diversas declaraciones conjuntas, estructurados de la manera siguiente:

Título I	Disposiciones Generales
Título II	Libre Circulación de Bienes
<i>Capítulo I</i>	<i>Eliminación de aranceles aduaneros</i>
<i>Capítulo II</i>	<i>Medidas no arancelarias</i>
Título III	Compras del Sector Público
Título IV	Competencia
Título V	Mecanismo de Consulta para Asuntos de Propiedad Intelectual
Título VI	Solución de Controversias
<i>Capítulo I</i>	<i>Ámbito de aplicación y cobertura</i>
<i>Capítulo II</i>	<i>Consultas</i>
<i>Capítulo III</i>	<i>Procedimiento arbitral</i>
Título VII	Obligaciones Específicas del Comité Conjunto referentes a Comercio y cuestiones relacionadas con el Comercio
Título VIII	Disposiciones Finales

Para acordar los plazos y condiciones en que se daría la liberalización comercial de los bienes, el universo de las tarifas arancelarias se clasificó en tres grupos: productos industriales, productos agropecuarios y productos pesqueros.

Desde un principio, la posición mexicana se enfocó en conseguir plazos de desgravación más largos para algunos sectores sensibles, y en las negociaciones finales se logró ese objetivo.

El artículo 3 establece que la desgravación arancelaria de las importaciones que realiza la Comunidad Europea de productos industriales de México, y viceversa, listados en la categoría B del anexo I y II, respectivamente, del calendario de desgravación de la Comunidad Europea y México, se eliminarán en cuatro etapas iguales: la primera tendría lugar en la fecha de entrada en vigor de esta Decisión, y las otras tres, el 1 de enero de cada año sucesivo, de manera que estos aranceles aduaneros quedaron eliminados por completo el 1 de enero de 2003.

Los aranceles aduaneros sobre las importaciones a México de productos originarios de la Comunidad Europea, listados en la categoría "B+" del anexo II (Calendario de Desgravación de México) se eliminaron totalmente el 1 de enero de 2005. Mientras que los aranceles aduaneros sobre las importaciones a México de productos originarios de la Comunidad, listados en la categoría "C" del anexo II (Calendario de Desgravación de México), se eliminarán por completo el 1 de enero de 2007.

La eliminación total de los aranceles sobre productos agrícolas y pesqueros originarios de México o de la Comunidad Europea, se llevará a cabo en un período que va de los 8 a los 10 años, contados a partir de la entrada en vigor del Tratado.

De igual forma, se establece el compromiso de las Partes de cooperar en el área de medidas sanitarias y fitosanitarias, con el objetivo de facilitar el comercio y

cumplir con las obligaciones contenidas en el Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias de la OMC.

El Anexo III de la Decisión, referente a su artículo 3, comprende lo relativo a las reglas de origen, definiendo los requisitos que deben cumplir los productos para gozar del régimen arancelario preferencial. Para las partes resulta fundamental contar con reglas de origen, que les permitan exportar sus productos, evitando, al mismo tiempo, que dichas reglas permitan al mínimo las exportaciones de terceros países en condiciones preferenciales.

“Como resultado de la negociación, más del 95% de las exportaciones mexicanas obtuvieron regla de origen que beneficia al sector productivo nacional. Al respecto, se alcanzó un buen acuerdo en sectores tan importantes para el país como la cadena textil, el sector automotor, autopartes, electrodomésticos, calzado, y múltiples productos electrónicos y químicos.”⁹⁸

Antes de concluir este punto, debemos mencionar que a raíz de la ampliación de la Unión Europea, pasando de estar conformada por quince, a veinticinco Estados Miembros, resultó necesario hacer adecuaciones a sus instrumentos jurídicos. Por lo que se requirió de la emisión de un Acuerdo para dar a conocer la **Decisión No. 4/2004 del Consejo Conjunto CE-México**, por la que se modifica la Decisión 2/2001 del Consejo Conjunto CE-México (Decisión del Acuerdo Global); y la **Decisión No. 3/2004 del Consejo Conjunto CE-México**, por la que se modifica la Decisión 2/2000 del Consejo Conjunto CE-México (Decisión del Acuerdo Interino).

En virtud de dicho Acuerdo, la República Checa, la República de Estonia, la República de Chipre, la República de Letonia, la República de Lituania, la República de Hungría, la República de Malta, la República de Polonia, la

⁹⁸ MORALES PÉREZ, Eduardo, Op. Cit., p. 173.

República de Eslovenia, y la República Eslovaca, ahora forman parte del Acuerdo entre México y la UE.⁹⁹

4.3 DISPOSICIONES EN MATERIA DE INVERSIÓN EN SERVICIOS EN EL TLCUEM

4.3.1 MARCO SUSTANTIVO

Las disposiciones en materia de inversión del TLCUEM, se encuentran contenidas en el Título II denominado Comercio de Servicios, y en el Título III, que lleva el nombre de Inversión y pagos relacionados, los cuales forman parte de la Decisión del Acuerdo Global, a la que ya hicimos referencia.

La Decisión prevé en el artículo 2 los cuatro modos de prestación de servicios, que incluyen la prestación de servicios mediante presencia comercial. La inversión se incluye en el Título II de manera especial como un modo de prestación de servicios (modo 3, previsto en el artículo I del GATS).

Las disposiciones en materia de inversión contenidas en los Títulos II y III son las siguientes: ámbito de aplicación, acceso a mercados, trato de la nación más favorecida, trato nacional, liberalización del comercio, definiciones, pagos relacionados con inversión, dificultades por políticas cambiaria y monetaria, dificultades en la balanza de pagos, transferencias, fomento de la inversión entre las partes, compromisos internacionales sobre inversión y cláusula de revisión.

Dentro del Título II, las disposiciones relacionadas con la inversión se encuentran contempladas en el ámbito de aplicación, acceso a mercados y liberalización comercial, y en el Título III encontramos una sección específica sobre inversión.

⁹⁹ Publicado en el Diario Oficial de la Federación (Primera Sección) Viernes 30 de abril de 2004.

Los principios básicos contemplados en el Título II, hacen patente los compromisos adquiridos por nuestro país y la UE, en relación al artículo V y VII del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios. En este Título, las partes nuevamente en relación al artículo V del GATS, asumieron los siguientes compromisos de liberalización:

- Se estableció el compromiso (estatus quo) sobre medidas discriminatorias a partir de la entrada en vigor del Acuerdo. Lo cual significa que las partes se comprometen a mantener por lo menos el grado de apertura que se tenía al momento de la entrada en vigor del Acuerdo. Además, ninguna de las Partes podrá asumir nuevas medidas que discriminen a los prestadores de servicios de la otra Parte.
- Al tercer año de la entrada en vigor de la Decisión las partes presentarán listas de compromisos, incluyendo la posibilidad de negociar una mayor liberalización del sector.

También se contempla la eliminación progresiva de restricciones sobre pagos relacionados con una inversión, compromisos *standstill* (no se pueden adoptar medidas más restrictivas), cláusula de balanza de pagos, compromiso de fomento a la inversión entre las partes, etc.

4.3.1.1 PAGOS RELACIONADOS CON INVERSIÓN EN EL SECTOR SERVICIOS

Las disposiciones del Título III se aplican a la inversión extranjera directa¹⁰⁰, la inversión inmobiliaria y las operaciones en valores, de conformidad con las definiciones y nuestras obligaciones asumidas en los Códigos de Liberalización de la OCDE, a los cuales ya hicimos referencia.

¹⁰⁰ Por inversión extranjera directa, se entienden aquellas inversiones que sean realizadas con el propósito de establecer relaciones económicas duraderas con una sociedad, en particular, inversiones que brinden la posibilidad de ejercer una influencia efectiva en la administración de aquella. Anexo A del Código de Liberalización de Movimientos de Capital de la OCDE.

Dentro de este Título, los compromisos asumidos por las partes son los siguientes:

- La eliminación progresiva de restricciones sobre pagos relacionados con inversión, hizo posible mantener todas las restricciones existentes al momento de la entrada en vigor de la Decisión, con el compromiso de eliminar las mismas conforme cada Parte lo creyera conveniente, de acuerdo con sus políticas internas;
- La no introducción de nuevas medidas discriminatorias a pagos relacionados con la inversión directa. Para nuestro país resulta conveniente esta medida, pues otorga seguridad a las transferencias relacionadas con inversiones productivas de largo plazo.
- La eliminación de restricciones a los pagos relacionados con servicios, en la medida que los servicios se liberalicen conforme a los principios y calendarios establecidos en el capítulo de servicios. De no liberalizarse los pagos al mismo tiempo que los servicios, los compromisos de las Partes estarían nulificados.

4.3.1.2 DIFICULTADES POR POLÍTICAS CAMBIARIA Y MONETARIA

Por otro lado, cuando en circunstancias excepcionales, los pagos relacionados con inversión entre las Partes causen, o amenacen con causar, serias dificultades para la operación de las políticas cambiaria o monetaria de una Parte, esa Parte podrá aplicar las medidas de salvaguarda que sean estrictamente necesarias, por un período que no exceda de seis meses. Sin embargo, la aplicación de dichas medidas podrá ser prolongada mediante su nueva introducción formal. La Parte que adopte estas medidas informará a la otra Parte sin demora y presentará, lo más pronto posible, un calendario para su eliminación.

4.3.1.3 DIFICULTADES EN LA BALANZA DE PAGOS

La Decisión también prevé que cuando México o uno o más Estados Miembros enfrenten dificultades fundamentales de balanza de pagos, o amenaza de la misma, podrán adoptar medidas restrictivas con respecto a pagos. Tales medidas deberán ser equitativas, no discriminatorias, de buena fe, de duración limitada y no irán más allá de lo necesario para remediar tal situación.

Asimismo, la Parte que adopte dichas medidas deberá informar a la otra Parte sin demora y presentará, lo más pronto posible, un calendario para su eliminación. Son tan fuertes estas medidas restrictivas que solamente en casos extremos serán utilizadas. Además, la Parte que tome la medida deberá tener en cuenta su compatibilidad con otras obligaciones internacionales de la Parte de que se trate, incluyendo lo estipulado en el Acuerdo de Marrakesh y conforme a lo establecido en los Artículos Constitutivos del Fondo Monetario Internacional.¹⁰¹

4.3.1.4 FOMENTO DE LA INVERSIÓN ENTRE LAS PARTES

Desde nuestro punto de vista el artículo 33 es fundamental, pues en el encontramos la veta de nuestra investigación, al hacer posible el desarrollo de mecanismos de inversión conjunta; nos referimos particularmente a la formación

¹⁰¹ El Convenio Constitutivo del Fondo Monetario Internacional en lo referente a transferencias de capital, establece que ningún país miembro podrá utilizar los recursos generales del Fondo para hacer frente a una salida considerable o continua de capital, y el Fondo podrá solicitar al país miembro que adopte medidas de control para evitar que los recursos generales del Fondo se destinen a tal fin. Si después de ser requerido para ese efecto, el país miembro no aplica las medidas de control pertinentes, el Fondo podrá declararlo inhabilitado para utilizar los recursos generales del Fondo, lo anterior no será interpretado en el sentido de impedir utilizar los recursos generales del Fondo en transacciones de capital de un monto razonable que sea necesario para aumentar las exportaciones o en el curso ordinario de las operaciones comerciales, bancarias o de otra índole, con referencia a las Disposiciones especiales sobre transferencias de capital, todo país miembro tendrá derecho a realizar compras en el tramo de reserva con el fin de efectuar transferencias de capital. Para el control de las transferencias de capital, los países miembros podrán ejercer los controles que consideren necesarios para regular los movimientos internacionales de capital, pero ningún país miembro podrá ejercer dichos controles en forma que restrinja los pagos por transacciones corrientes o que demore indebidamente las transferencias de fondos para liquidar obligaciones, en caso de escasez general de una moneda.- Si el Fondo considera que se está produciendo una escasez general de una moneda determinada, podrá comunicarlo a los países miembros y emitir un informe en el que exponga las causas de la escasez y formule recomendaciones para remediarla. En la preparación de dicho informe participará un representante del país miembro de cuya moneda se trate.

de joint ventures con las pequeñas y medianas empresas de ambas Partes. Pero antes de entrar de lleno al análisis de este tema, mencionaremos brevemente la forma en que las partes acordaron promover un ambiente atractivo y estable para la inversión recíproca. La cooperación a la que se refieren, comprende los mecanismos de información, de identificación y divulgación de las legislaciones, así como de las oportunidades de inversión con las que cuentan; el desarrollo de un entorno jurídico favorable a la inversión entre las Partes, en su caso mediante la celebración de Acuerdos para la Promoción y Protección Recíproca de la Inversión (APPRI) entre México y los Estados miembros de la UE y de acuerdos destinados a evitar la doble tributación; el desarrollo de procedimientos administrativos armonizados y simplificados; y el desarrollo de mecanismos de inversión conjunta, en particular, con las pequeñas y medianas empresas de ambas Partes.

Igualmente, se establece el compromiso de revisar el marco jurídico de inversión, el clima de inversión y los flujos de inversión entre las Partes, en un tiempo no mayor a tres años, posteriores a la entrada en vigor de la Decisión. Es importante esta disposición, ya que deja abierta la posibilidad de una negociación futura.

4.3.1.4.1 ACUERDOS PARA LA PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN RECÍPROCA DE LAS INVERSIONES

El artículo 33 contenido en el Título III de la Decisión, dispone que las Partes buscarán promover el desarrollo de un entorno jurídico favorable para la inversión, incluso mediante la celebración de acuerdos bilaterales de promoción y protección de la inversión. Estos acuerdos, son instrumentos de promoción de la inversión extranjera utilizados por los países, esto es, tratados internacionales en materia de inversión extranjera, celebrados entre dos Estados, con el objeto de promover los flujos de capital y brindar a las inversiones de los países firmantes seguridad jurídica; constituyéndose como un medio eficaz para diversificar el

origen de los flujos de inversión extranjera, dando eficacia a la política de apertura y no discriminación en materia de inversiones.

“Los APPRIs ayudan a diversificar los flujos de capital que entran a nuestro país, al mismo tiempo que sirven como un vehículo para la transferencia de tecnología y el desarrollo de nuevos esquemas productivos. Los APPRIs contemplan mecanismos de solución de controversias y la posibilidad de indemnizaciones. Todos estos elementos hacen que los APPRIs refuercen el marco jurídico y de certidumbre para la inversión en nuestro país.”¹⁰²

México tiene acordados en la actualidad veinte APPRIs, de los cuales dos se encuentran pendientes aún para su aprobación por el Senado. Sabemos que actualmente se encuentran en vigor más de 1,700 APPRIs en el mundo, de los cuales más de 200 han sido celebrados por países latinoamericanos, lo cual demuestra la importancia que esta clase de acuerdos tiene para los países.

4.3.1.4.2 MECANISMOS DE INVERSIÓN CONJUNTA

En el mismo artículo 33 contenido en el Título III de la Decisión 2/2001, se encuentra previsto que las Partes buscarán promover el desarrollo de mecanismos de inversión conjunta, mediante la identificación de oportunidades en apoyo a sus pequeñas y medianas empresas.

En relación a la cooperación en el sector de las pequeñas y medianas empresas, el Acuerdo Global en su artículo 17 también prevé dicha cooperación, la cual consistirá en impulsar inversiones conjuntas y el establecimiento de empresas conjuntas y redes de información por medio de los programas horizontales ya existentes, tales como ECIP, AL-INVEST, BRE Y BC-NET. Dichos programas, particularmente AL-INVEST, hacen referencia a la celebración de

¹⁰² Programa de Comercio Exterior y Promoción de la Inversión 2001-2006. Por la inserción competitiva de las empresas mexicanas en el nuevo orden económico mundial. Plan Nacional de Desarrollo 2001-2006, México, 2002, p. 101.

contratos de Joint Venture como apoyo a la inversión conjunta y cooperación en dicho sector.

Lo anterior nos da pie a analizar el tema de la formación de Joint Ventures entre empresas mexicanas y europeas, y determinar si se trata de una opción viable para aumentar y encaminar positivamente, los flujos de Inversión Extranjera Directa Europea en nuestro país, así como las ventajas y desventajas que traería para ambas Partes, la celebración de este tipo de alianzas estratégicas amparadas en el Acuerdo entre México y la UE.

4.3.1.4.2.1 LA FORMACIÓN DE JOINT VENTURES EN MÉXICO CON EMPRESAS EUROPEAS

Primeramente, analizaremos de manera muy breve el interés que tiene esta figura en el contexto de la Unión Europea, con el objeto de conocer cómo perciben las instituciones europeas a las joint ventures y, de esta forma saber qué tan viable resulta la creación de esta clase de alianzas entre las pequeñas y medianas empresas de ambas Partes.

“El estudio de los aspectos jurídicos de las joint ventures reviste en Europa un interés propio y ciertamente original. La atención específica que merece el tema en el contexto de la Unión Europea viene motivada por el conocimiento a veces superfluo de dicha figura, respecto a la cual se exaltan frecuentemente sus virtudes económicas y se critican las imperfecciones de su tratamiento jurídico.”¹⁰³

En relación al aspecto empresarial, las joint ventures traen a la mente de los europeos las siguientes ideas:

“Se consideran un instrumento eficaz para aumentar la competitividad de las empresas; remiten a una idea de mayor eficiencia económica y son

¹⁰³ PAULEAU, Christine, El régimen jurídico de las «joint ventures», UNAM, Valencia, 2003, pag. 47.

consideradas como un instrumento útil de alianza que permite a las empresas penetrar en nuevos mercados con rapidez y éxito, además de que ofrecen a los consumidores europeos productos y servicios de mayor calidad y competitividad.

Las instituciones europeas afirman claramente que las joint ventures, como formas de «acercamiento entre empresas» con dimensiones esencialmente transfronterizas, contribuyen activamente a la realización de los ambiciosos objetivos de la Unión Europea, permitiendo a las empresas responder a la globalización de los mercados y a la introducción del euro como moneda única.”¹⁰⁴

De hecho, las joint ventures son uno de los objetos preferidos de los programas de política industrial adoptados por las empresas, beneficiándose por otra parte de un tratamiento particularmente favorable en derecho de la competencia. Ejemplo de esto es el programa Joint European Venture, que nace en el marco del tercer programa plurianual en favor de las Pequeñas y Medianas Empresas (PyMEs) de la UE¹⁰⁵. Su objetivo fundamental es el apoyo a la creación de empresas conjuntas (Joint-Ventures) en el interior de la comunidad. La iniciativa surge de la constatación de varios hechos, entre los que destaca el escaso aprovechamiento del mercado interior por parte de las PyMEs europeas, que, en un contexto de globalización de mercados están reduciendo sus mercados tradicionales.

El presupuesto indicativo asignado al programa para apoyar acciones de pre-inversión e inversión de este tipo de proyectos durante el período 1999-2000

¹⁰⁴ Ver XXIX Informe anual de la Comisión Europea sobre la Política de Competencia (1999). En la misma línea, la Comisión resaltó, en su XXVII Informe anual sobre la Política de Competencia (1997), que «en el entorno económico actual caracterizado por mercados dinámicos, innovación y globalización, con el consiguiente aumento de la presión de la competencia, sólo puede verse de manera favorable que las empresas busquen diferentes formas de alianza para permitirles mantenerse competitivas en el mercado, mejorando su nivel de I+D, reduciendo sus costes y desarrollando nuevos productos». PAULEAU, Christine, El régimen jurídico de las «joint ventures», UNAM, Valencia, 2003, pag. 47.

¹⁰⁵ En este sentido, es importante tomar en cuenta que la estructura industrial europea es similar a la mexicana, dado que su estructura productiva está principalmente representada por pequeñas y medianas empresas, por lo que, la experiencia de los países europeos resulta altamente enriquecedora, sobre todo por las características y las necesidades que enfrenta la industria en México en la actualidad.

fue de 80-100 millones de Euros. El programa fue ampliado en 2000 hasta el 31 de diciembre de 2005, y su dotación se fijó en 51 millones de euros. Este programa ofrece apoyo financiero para el establecimiento de empresas mixtas transeuropeas creadas por varias pequeñas y medianas empresas de países de la Unión Europea dentro del territorio comunitario. La Comisión Europea otorga las ayudas en función de su ajuste a los objetivos de la iniciativa, y especialmente en razón de sus efectos sobre el empleo.¹⁰⁶

De lo anterior observamos que en Europa son utilizadas y bien recibidas este tipo de alianzas. Además de que como ya se mencionó, el Acuerdo abre la posibilidad de desarrollar mecanismos de inversión conjunta entre las pequeñas y medianas empresas de las Partes.

Ahora bien, sabemos que nuestro país tiene celebrados un buen número de tratados comerciales con 43 países alrededor del mundo. Sin embargo, México no ha podido generar una oferta exportable capaz de aprovechar estos acuerdos. Las empresas mexicanas no están llenando los cupos de importaciones libres de arancel que tiene el país a su disposición, particularmente en mercados como el europeo. Contrariamente, las importaciones provenientes de la UE se han disparado.

El Tratado con la Unión Europea fue calificado como un acuerdo moderno e integral y la gran esperanza del país para arrancar hacia una sana diversificación de sus mercados de exportación¹⁰⁷ en un horizonte de 380 millones de potenciales compradores con un ingreso per cápita de 27 mil 681 dólares al año. Sin embargo, de los 3.14 billones de dólares que sumaron las importaciones del bloque de

¹⁰⁶ EUROPE DIRECT, Obtenido en la red mundial el 8 de octubre de 2005:

<http://www.cordis.lu/finance/src/jev.htm>

¹⁰⁷ “El TLCUEM, que entró en vigor desde el 1 de julio de 2000, es después del TLCAN, la iniciativa comercial más importante que ha llevado a cabo nuestro país como parte de su estrategia de diversificación comercial. El TLCUEM es un acuerdo moderno e integral, que abre nuevas y mejores oportunidades para las exportaciones de productos mexicanos, y aumenta la oferta disponible de insumos y servicios para elevar la competitividad de la economía nacional. Con ello se promueve la inversión productiva y se generan más empleos en México”. Programa de Comercio Exterior y Promoción de la Inversión. PND 2001-2006, Op. Cit., p. 29

países en 2003, nuestro país sólo logró captar un puñito de facturas por un global de 5 mil 593 millones. En contraste, las ventas de la UE a México alcanzaron un saldo global de 18 mil 62 millones de dólares, lo que implica un déficit en la Balanza comercial de 12 mil 470 millones.

De acuerdo a los objetivos planteados por nuestras autoridades, al momento de firmar los Acuerdos, resulta incomprensible que a pesar de ser el país con el mayor número de acuerdos comerciales firmados en el mundo y contar con acceso a los dos mercados más grandes e importantes, como lo son Estados Unidos y la Unión Europea, no hayamos obtenido resultados positivos para el país.

En este orden de ideas, el entorno económico actual se caracteriza por una creciente competencia de los mercados mundiales, en los que la exigencia de alta calidad y costos competitivos son elementos fundamentales para las empresas exitosas. Lamentablemente, en el caso de México no contamos con una industria fuerte ni empresas competitivas que se encuentren bien posicionadas, ya no sólo en mercados externos, sino que en el propio mercado nacional no pueden competir al mismo nivel con empresas del exterior, y su participación se reduce al mínimo o en ocasiones es nula, debido entre otras razones a la carencia de recursos, de financiamiento, tecnología o bien de estrategias adecuadas.

En este contexto, con el fin de promover un ambiente atractivo y estable para la inversión extranjera en México, se han realizado diversas modificaciones legales, buscando con ello, facilitar la captación de capitales productivos externos y aumentar la oferta y calidad de los empleos, propiciar mejores condiciones para la transferencia de tecnologías, así como incrementar las exportaciones. Incluso se han incorporado capítulos específicos sobre inversión en los tratados de libre comercio y se han negociado acuerdos bilaterales de inversión. Sin embargo, nuevamente no hemos sido capaces de encaminar los flujos de Inversión extranjera, en beneficio del país; por lo que de nosotros dependerá la búsqueda

de instrumentos que permitan a México, no sólo atraer Inversión Extranjera que los propios acuerdos comerciales que nuestro país ha celebrado genera, sino el encaminar dichos flujos de inversión, a la realización de proyectos de diversa naturaleza, buscando el beneficio de los sectores que requieren de ese impulso que les permita producir más y mejores productos y, de acuerdo al enfoque de nuestra investigación, prestar mejores servicios, procurando el beneficio económico y tecnológico del país y la generación de empleos.

En este sentido, consideramos al contrato de Joint Venture una herramienta útil en la realización de proyectos diversos que actúen directamente en apoyo a los factores sistemáticos de la competitividad, como son el desarrollo de infraestructura, desarrollo de recursos humanos, promoción de investigación y desarrollo, desarrollo de PyMEs, etc., a través de la colaboración conjunta de empresas y, sin que dicha cooperación implique la creación de un ente jurídico nuevo. Nos parece sobre todo benéfico para las empresas mexicanas que no cuentan con los recursos, el financiamiento, la infraestructura, o bien con una estrategia que les permita ser más competitivas, el poder colaborar con empresas europeas que busquen invertir en el mercado mexicano, a raíz del marco de fomento a la inversión que genera el Acuerdo celebrado con la Unión Europea. Hay que sacarle el mayor provecho posible al Acuerdo, buscando siempre el beneficio del país y haciendo uso de los instrumentos que fomenten la inversión y la colaboración conjunta. Para maximizar el aprovechamiento de dicho acuerdo, es necesario contar con la información que permita identificar y concretar oportunidades específicas de exportación y de inversión a nivel de producto y de empresa. Dichas oportunidades sólo se podrán identificar si se cuenta con inteligencia comercial de la más alta calidad y con el conocimiento de los mercados objetivos. La inteligencia comercial permitirá a las empresas mexicanas y europeas tomar decisiones de exportación y de inversión en condiciones óptimas.

Así, el gobierno de México y la Comunidad Europea y sus Estados miembros, en el ámbito de sus respectivas competencias, actuarán como fuente de información para el empresario que busque convertirse en exportador o que tenga interés en concertar una alianza estratégica a través de un contrato de joint venture. Dicha información, le permitirá al empresario conocer detalladamente todos los factores que inciden en la prestación de un determinado servicio, como son las ventajas arancelarias con las que se cuenta en virtud del Acuerdo, la demanda del servicio en el mercado objetivo, los posibles socios, etc.

De acuerdo a nuestra investigación, es posible la aplicación del joint venture como un instrumento útil para encaminar la Inversión Extranjera en beneficio de los sectores prestadores de servicios que lo requieren. De esta forma, el Acuerdo Global en su artículo 17 prevé la cooperación en el sector de las pequeñas y medianas empresas, misma que consistirá en impulsar inversiones conjuntas y el establecimiento de alianzas entre empresas mexicanas y europeas y redes de información, por medio de los programas horizontales ya existentes, tales como ECIP, AL-INVEST y sus tres Eurocentros en México, BRE, BC-NET y el Programa ARIEL, así como a través del diseño de un programa integral de apoyo a las PyMEs. Dichos programas, particularmente AL-INVEST, hacen referencia a la celebración de contratos de Joint Venture como apoyo a la inversión conjunta y cooperación en dicho sector. El Programa AL-INVEST consiste en una red de operadores de Europa y de América Latina que cooperan en la organización de “encuentros sectoriales”, entre empresas activas del mismo sector en los dos lados del Atlántico.

AL-INVEST fue lanzado en 1993 por la Comisión Europea y, en pocos años se ha consolidado como un instrumento eficaz de cooperación entre las PyMEs europeas y empresas latinoamericanas. Dicho Programa persigue los siguientes objetivos:

- Contribuir a la internacionalización de las empresas de las dos regiones, incitando a las PyMEs europeas a que inviertan en la modernización tecnológica y de gestión de las PyMEs latinoamericanas que lo requieran.
- Reforzar las relaciones interregionales a través de la transferencia de tecnología y de los conocimientos técnicos europeos a las empresas latinoamericanas.
- Mantener una cooperación sostenible y de interés mutuo entre las empresas de ambas regiones limitando la contribución pública al papel de catalizador.¹⁰⁸

Otro instrumento de cooperación del programa AL-INVEST es el A.R.I.E.L. (Active Research in Europe and Latin-America), el cual ofrece a las empresas del sector de las tecnologías emergentes, un servicio personalizado de búsqueda activa de socios potenciales en el otro continente. Para el período 2001-2004, el programa seleccionó 20 proyectos de este tipo. Asimismo, existen otro tipo de encuentros multi-sectoriales (3 hasta 5 sectores distintos) llamados AL-PARTENARIADOS que atraen a cientos de empresas de Europa y de una región Latino-americana determinada, o incluso de toda América Latina. Dichos encuentros se desarrollan en América Latina y reúnen alrededor de mil empresas de las cuales 250 PyMEs son europeas. Durante el período 2001-2004, el programa apoyó a 4 AL-Partenariados (1/año).¹⁰⁹

¹⁰⁸ Para el período 2001-2004, el programa apoyó 200 encuentros sectoriales.

¹⁰⁹ EUROPEAID, OFICINA DE COOPERACIÓN, Obtenido en la red mundial el 4 de noviembre de 2005: http://europa.eu.int/comm/europeaid/projects/al-invest/index_es.htm

Los encuentros están abiertos a las empresas de todos los sectores: ingeniería, construcción, agricultura, la industria automovilística, hasta la fabricación de muebles o al medio ambiente incluyendo la subcontratación. Los beneficios de estos programas son muchos: acuerdos de distribución, empresas mixtas, transferencias de la tecnología más avanzada, o simplemente de informaciones objetivas pero imprescindibles sobre el sector que facilitan la formación de alianzas estratégicas (joint ventures).

En México, los resultados positivos de estos Programas se reflejan en los siguientes ejemplos:

- En este año, Con el propósito de promover la constitución de joint ventures entre empresas mexicanas y españolas del mismo tamaño y sector de actividad, el Banco Nacional de Comercio Exterior, S.N.C. (Bancomext) y el Instituto Español de Comercio Exterior (ICEX) pusieron en marcha el Programa PIDINVER-ALINVEST.¹¹⁰
- En el 2001, durante el encuentro sectorial "Cableado y Motor del Automóvil" celebrado en Zaragoza, una empresa mexicana firmó con una empresa española un acuerdo por valor de € 600.000, cuyo fin era la compra de los derechos de representación.
- En 1999, durante el Encuentro Sectorial "Exhimoda'99" organizado en México en julio de 1999, una empresa mexicana firmó con una empresa de España un contrato de un valor de 18 millones de Euros para la creación de una sociedad mixta y la confección de prendas y exportación hacia el mercado europeo.
- Durante el Encuentro Sectorial "Eximueble'97" organizado en México en septiembre de 1997, una empresa mexicana firmó con otra de Alemania un contrato para la venta a la empresa alemana de muebles rústicos y accesorios de un valor de 5 663.488 Euros y otro contrato de coinversión de

¹¹⁰ BANCO MEXICANO DE COMERCIO EXTERIOR, Obtenido en el red mundial el 5 de abril de 2006: <http://www.bancomext.com/Bancomext/aplicaciones/noticias/muestraNoticia.jsp?idnoticia=1136>

un valor de 2 072.000 Euros para la creación de una sociedad integradora productora de mueble rústico y accesorios.¹¹¹

En la actualidad, nuestro país enfrenta el reto de promover la actividad exportadora y la inversión extranjera, para lo cual, es indispensable asegurar que un mayor número de Estados y de empresarios mexicanos tengan acceso a oportunidades de exportación. Es el momento de capitalizar la experiencia adquirida y no permitir que el Acuerdo entre México y la Unión Europea se convierta en un obstáculo para el crecimiento económico del país. De dicho Acuerdo pueden derivar diversos beneficios estratégicos, no sólo a nivel comercial, sino a nivel de la cooperación y a nivel político.

4.3.1.4.2 VENTAJAS Y DESVENTAJAS DEL JOINT VENTURE CONTRACTUAL PARA LAS EMPRESAS MEXICANAS Y EUROPEAS

El hecho de considerar al joint venture como una estrategia apta para incursionar en mercados externos, o para atraer socios europeos en un proyecto de inversión a desarrollar en México, implica una serie de ventajas y desventajas que habrán de ser consideradas por las empresas que pretendan formar parte del mismo.

Las ventajas que pudiéramos obtener de la celebración de un contrato de joint venture son muy variadas, toda vez que los esfuerzos combinados en su desarrollo son complementarios con cada contribución u obligación a que se comprometen las partes, ya sea que se trate de una habilidad en particular o de otro tipo de contribución. Por lo que mediante la suma de esfuerzos, los co-venturers buscan obtener mejores perspectivas de éxito, siendo en consecuencia más fuertes y viables sus expectativas, que aquellas que pudieran tener en forma

¹¹¹ EUROPEAID, OFICINA DE COOPERACIÓN, Obtenido en la red mundial el 5 de abril de 2006: http://europa.eu.int/comm/europeaid/projects/al-invest/results_es.cfm

individual. En la mayoría de los casos, las Joint Ventures son utilizadas principalmente para adentrarse en el mercado de otro país, o bien para realizar investigaciones en donde no se tienen todos los elementos y se requiere de colaboración. A menudo, la razón principal para asociarse mediante un joint venture, es obtener y hacer uso del conocimiento de la otra parte y de las influencias que pudiera tener en el país donde se constituirá la operación, objetivos que se cumplen con la celebración de este tipo de contratos, ya que las partes suponen una complementación en sus actividades.

Dicho lo anterior, podemos señalar entre las principales ventajas que comparten tanto las empresas mexicanas, consideradas como locales o receptoras de capital, y las empresas europeas, consideradas como inversoras, a las siguientes:

Para las empresas mexicanas receptoras de capital:

- Acceso a capital extranjero.
- Acceso a financiamiento extranjero: Para las empresas mexicanas, la joint venture puede ser un instrumento facilitante para la obtención de crédito externo, a través de los programas de cooperación previstos en el Acuerdo.
- Acceso a nuevas tecnologías, conocimientos, patentes y marcas, con la consecuente mejora en las formas y procesos de producción: Las empresas mexicanas pueden aprovechar la tecnología, maquinarias y equipos desarrollados por las empresas europeas.
- Acceso a mercados de exportación: Las empresas mexicanas pueden aumentar la eficacia de los canales de distribución y lograr una mayor eficiencia de los servicios, aprovechando la experiencia internacional y el acceso a mercados de las empresas europeas, para así insertarse en nuevo mercados internacionales.

- Acceso a experiencia de management: A través del joint venture las empresas europeas pueden aportar a las mexicanas modernos métodos de dirección y administración.
- La posibilidad de compartir los riesgos de iniciar un nuevo proyecto: Para las empresas mexicanas prestadoras de servicios resultaría muy útil el compartir los riesgos que siempre implica la realización de un nuevo proyecto, con las empresas europeas.
- Para las empresas mexicanas puede ser más fácil, a través de las empresas europeas, la obtención de insumos, partes, piezas y bienes de capital de origen foráneo.
- Las empresas mexicanas pueden verse beneficiadas por menores costos de comercialización internacional, labor que desarrollan más competitivamente las empresas europeas.

Para las empresas europeas inversoras de capital:

- Acceso a capital local.
- Acceso a financiamiento local: Las empresas europeas tendrían acceso al mercado financiero local a través de las empresas mexicanas. Además de contar con las habilidades que pueden tener las empresas mexicanas en el manejo de las relaciones institucionales de la banca local.
- Acceso al management local.
- Acceso a mano de obra de bajo costo.
- Acceso a infraestructura de planta ya construida: En muchos casos, las empresas mexicanas ya tienen montada una infraestructura física de planta y depósitos, lo cual beneficiaría en términos de solvencia económica a las empresas europeas y además evitarían crear capacidad instalada en exceso.
- Acceso a contactos e influencias del socio local: Para las empresas europeas, el joint venture previsto en el propio Acuerdo, a través de los programas ya mencionados, puede mejorar sus relaciones con el gobierno

y los círculos empresariales locales. Estos contactos pueden ser de mucha importancia para eliminar problemas burocráticos.

- Facilidades en las aprobaciones gubernamentales: Las empresas europeas pueden aprovechar la capacidad de lobby y las relaciones institucionales que las empresas mexicanas tengan desarrolladas dentro del gobierno, de las entidades gremiales y sindicatos nacionales. Además, las empresas europeas recibirían menos presiones gubernamentales para la generación de divisas a través de un joint venture, que si realizaran una inversión 100% propia.
- La posibilidad de compartir los riesgos de iniciar un nuevo negocio: Las empresas europeas pueden compartir los riesgos de encarar un nuevo negocio, para la prestación de un servicio, con las empresas mexicanas.
- La experiencia que tenga cada co-venturer, es una ventaja para el otro que la desconoce: Las empresas mexicanas pueden contar con mayor experiencia sobre el mercado nacional y organización de ventas, lo cual es de importancia para las empresas europeas en su papel de inversoras de capital.
- Las empresas mexicanas pueden estar en mejor posición para obtener materiales, partes y piezas en el mercado local, lo cual puede ser una ventaja para las empresas europeas.
- Las empresas europeas tienen acceso a grandes compradores y a canales de distribución ya desarrollados, en el mercado mexicano, contando con protección arancelaria y facilidades para la exportación, a través del aprovechamiento de la amplia red de acuerdos comerciales con la que cuenta México.
- Las empresas europeas pueden aprovechar la experiencia del personal local ya capacitado, con lo que ahorrarían gastos al no tener que enviar personal de su sede, o en caso que tuvieran que hacerlo, les representaría un menor costo.
- Las empresas europeas pueden tener un tratamiento fiscal favorable dentro de la estructura tributaria mexicana, al asociarse en una joint venture.

- Para las empresas europeas la inversión que realizaran en México mediante un joint venture, no implicaría trabajar en un ambiente atípico y desconocido, pues se tiene celebrado un Acuerdo con México que promueve la liberalización de la inversión entre las Partes.
- El contrato de joint venture no reduce o elimina la posibilidad de cooperar con otras empresas, ya que sólo se trata de una unión de fuerzas de carácter temporal, sin dar lugar a la creación de un ente jurídico nuevo.

A continuación analizaremos las desventajas y problemas que pudieran presentarse para las empresas mexicanas y europeas que decidieran aliarse mediante un contrato de joint venture:

- Las diferencias en la filosofía o forma de llevar el negocio entre las empresas mexicanas y europeas, podría suscitar eventuales fricciones.
- Para las empresas europeas, la formación de un joint venture en México, podría implicar una pérdida de control de las operaciones, en caso de que no se establezcan reglas claras de administración desde el inicio de la negociación.
- Pudieran existir aspectos de administración que susciten fricciones entre las partes del contrato. Por tal motivo, deben establecerse mecanismos ágiles y razonables de solución de controversias.
- El acceso a marcas europeas, por parte de empresas mexicanas, pudiera ser un elemento de fricción entre las partes.
- Pudiera haber limitaciones y diferencias entre las partes relativas a la determinación de las políticas de comercialización.
- Se pueden dar dificultades en la formación de cuadros directivos y técnicos.
- Pudieran suscitarse desacuerdos entre las partes referentes al acceso a tecnología secreta, las formas de actualización de la tecnología, el acceso a nuevos perfeccionamientos y sobre las regalías o derechos a pagar por el uso de patentes, know how o asistencia técnica.

- Las empresas mexicanas pudieran quedar supeditadas a una extrema dependencia de avances tecnológicos por parte de las empresas europeas, al momento de concluir la joint venture.

En los puntos anteriores, nos referimos básicamente a las ventajas y desventajas del joint venture en relación a las empresas mexicanas y europeas. Por lo que a continuación haremos referencia a las ventajas y desventajas que representa para México en su papel de polo receptor de capital, la formación de Joint Ventures en suelo nacional.

Ventajas:

- Aumento del proceso productivo y la generación de empleos.
- Acceso a nuevas tecnologías, conocimientos, patentes y marcas, con la consecuente mejora en las formas y procesos de producción.
- La mejora en las capacidades de administración, gracias al acceso al management de las empresas europeas.
- Acceso a capital extranjero.
- Acceso al mercado internacional a través del aprovechamiento del Acuerdo celebrado con la Unión Europea.
- Aumento de las exportaciones generadas por las joint ventures, con su consecuente efecto multiplicador sobre la economía nacional.
- Ingresos de divisas producidas por dichas exportaciones con sus efectos positivos sobre la balanza de pagos.
- El incremento de la competitividad de las empresas mexicanas se traduce en crecimiento económico para México.

Desventajas:

- Dependencia de ciertos insumos, partes, piezas y bienes de capital extranjeros.

- Control y manejo de las exportaciones por parte de empresas europeas.
- Necesidad de compartir los beneficios económicos, lo cual equivale a pagar en divisas las regalías y utilidades del negocio. De cualquier forma, si el resultado de la balanza comercial es positivo para México, como resultado de exportaciones adicionales, este aspecto resulta ventajoso.

4.4 LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL ACUERDO DE ASOCIACIÓN ECONÓMICA, CONCERTACIÓN POLÍTICA Y COOPERACIÓN ENTRE MÉXICO Y LA UNIÓN EUROPEA Y SU POSIBLE APLICACIÓN EN EL JOINT VENTURE

Antes de entrar propiamente al estudio de las disposiciones del Acuerdo en materia de solución de controversias y determinar si es posible o no su aplicación en el joint venture, analizaremos brevemente las disposiciones multilaterales y regionales en las que se basa la solución de controversias de dicho acuerdo.

4.4.1 CARACTERÍSTICAS PRINCIPALES DE LOS MECANISMOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS COMERCIALES DE MÉXICO

“En la negociación de acuerdos comerciales internacionales, normalmente los gobiernos se guían por dos modelos para la resolución de conflictos comerciales. El primero, al que en la literatura especializada se le ha denominado el modelo “diplomático-político”, y un segundo, al que se le describe como el modelo “orientado por reglas”. Ambos modelos tienden a ser utilizados en diversos grados y combinaciones, y así lo fueron en el TLCAN y sus acuerdos paralelos.”¹¹²

“El modelo “diplomático-político” se caracteriza por el uso de técnicas diplomáticas tales como la consulta, mediante la cual las propias partes intentan por sí mismas resolver cualquier controversia que surja; o la mediación y/o conciliación, que consiste en la aceptación por las partes de la acción de terceros

¹¹² VEGA CANOVAS, Gustavo y POSADAS, Alejandro, México, Estados Unidos y Canadá: resolución de controversias en la era post Tratado de Libre Comercio de América del Norte, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, México, 2005, p. XXVI.

a fin de que éstos ayuden a proponer una base de resolución que resulte mutuamente satisfactoria en caso de una controversia.”¹¹³

“Por otro lado, el modelo “orientado por reglas” se fundamenta en el empleo del arbitraje o la adjudicación que suponen la intervención de un tercero imparcial, y cuando las partes quieren obtener decisiones vinculatorias (obligatorias) orientadas por reglas, las cuales se estructuran de conformidad con los intereses y obligaciones de largo plazo de las partes (tal por ejemplo como se definen en acuerdos multilaterales como la OMC). Este método revela claramente una preferencia por evitar el método diplomático político y los que se perciben como sus riesgos, tales como la dependencia en la buena fe y el consentimiento de la otra parte en una disputa o las soluciones ad hoc, las cuales posiblemente reflejen el poder relativo de cada una de las partes y no la sustancia y a quién asista la razón.”¹¹⁴

Existen diversos argumentos a favor y en contra de uno y otro modelo en el ámbito del comercio internacional, principalmente, por las asimetrías existentes entre los Estados. En la actualidad, la mayor parte de los mecanismos de resolución de controversias comerciales comparten características de ambos modelos, en diversos grados.

Anteriormente, el modelo diplomático-político fue el que orientó por muchos años los procedimientos de solución de disputas en el seno GATT, éste incluía técnicas diplomático-políticas tales como las de transparencia, las consultas, la mediación, etcétera. Posteriormente, el sistema de solución de controversias del GATT se desarrolla gradualmente, pasando de ser un modelo diplomático-político a uno orientado por reglas. Éste último fue el que sirvió de fundamento para el actual mecanismo de solución de controversias comerciales incluido en la Organización Mundial del Comercio, cuya piedra angular se encuentra en el

¹¹³ VEGA CANOVAS, Gustavo y POSADAS, Alejandro, Op. Cit., p. XXVI.

¹¹⁴ Idem.

“Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias de la OMC”, mismo que analizaremos a continuación.

4.4.1.1 LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO

Los miembros de la Organización Mundial del Comercio han convenido en que, cuando estimen que otros miembros infringen las normas comerciales, recurrirán al sistema multilateral de solución de diferencias en vez de adoptar medidas unilateralmente.¹¹⁵

México, como la Unión Europea y sus 25 Estados miembros, forman parte de la OMC y, por ello están sujetos al mismo sistema de solución de controversias. En caso de conflicto, los acuerdos de la OMC establecen un procedimiento para la solución de controversias entre sus países miembros, contenido en el Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias. Dicho instrumento es aplicado por un órgano de solución de controversias que se constituye con representantes de cada país miembro de la OMC, y fue creado durante la Ronda de Uruguay para resolver las controversias que surgieran sobre cualquiera de los acuerdos de la OMC.

El órgano de solución de controversias cuenta con facultades para establecer grupos especiales, para adoptar los reportes de los grupos especiales y del órgano de apelación, para mantener la vigilancia sobre la implementación de las resoluciones y recomendaciones que adopte, y para autorizar la suspensión de concesiones y otras obligaciones establecidas en los acuerdos de la OMC, cuando dichas resoluciones y recomendaciones no hayan sido cumplidas por los miembros, en un tiempo determinado.

¹¹⁵ Varios, Con el Comercio hacia el futuro: Guía de Introducción a la Organización Mundial del Comercio, ed., Organización Mundial del Comercio, Suiza, 2001, p. 38.

El Entendimiento de Solución de Diferencias se compone de 27 artículos y 4 apéndices, y establece los aspectos jurisdiccionales e institucionales básicos para la solución de controversias en la OMC. Asimismo, prevé las reglas del procedimiento para los grupos especiales de solución de controversias.

El procedimiento en su primera etapa, obliga a la negociación mediante la celebración de consultas¹¹⁶, y si las partes no logran llegar a un acuerdo¹¹⁷, entonces pueden iniciar un procedimiento orientado por reglas con plazos indicativos, pero claramente establecidos. Las características principales de este procedimiento orientado por reglas, son las siguientes:

- El derecho al establecimiento de un panel arbitral o grupo especial compuesto por tres integrantes (a menos que las partes convengan en que sean cinco) expertos, independientes e imparciales.
- El derecho a tener un procedimiento con estricto apego a la legalidad que les permita a las partes exponer sus argumentos de manera escrita y oral.
- El derecho de las partes de hacer comentarios al proyecto de informe presentado por el grupo especial.
- La posibilidad de ambas partes de apelar ante un órgano permanente compuesto por siete expertos nombrados por el Órgano de Solución de Diferencias, las cuestiones de derecho que presente el informe del grupo especial y que las partes consideren que les haya causado perjuicio.
- El informe final del grupo especial o del órgano de apelación, se convierte en una resolución o recomendación del Órgano de Solución de diferencias que vincula a las partes, con su adopción en una reunión del mismo.

¹¹⁶ No obstante, se puede recurrir directamente a solicitar el establecimiento de un grupo especial, si se da alguno de los siguientes supuestos: que la parte que haya sido requerida no responda al pedimento de consultas dentro de los 10 días siguientes a la solicitud de celebración, o bien que la parte a la que se dirigió la solicitud no entable consultas dentro de un plazo de 30 días contados a partir de la recepción de la solicitud.

¹¹⁷ Para esto se cuenta con un plazo de sesenta días contados a partir de la fecha de recepción de la solicitud de celebración de consultas.

El país perdedor está obligado a seguir las recomendaciones formuladas en la resolución y debe manifestar su intención de hacerlo dentro de los 30 días siguientes a su adopción. En caso de que no sea posible cumplir inmediatamente, se le puede otorgar un “plazo prudencial” para hacerlo. Si no adopta las medidas oportunas dentro de ese plazo, tendrá la obligación de realizar negociaciones con el país reclamante con el objeto de acordar una compensación mutuamente aceptable. Si esto no se logra, la parte reclamante puede solicitar a la OMC la autorización para imponer sanciones comerciales limitadas (suspensión de beneficios equivalentes) a la parte perdedora. Esta suspensión está sujeta a diversos controles y la supervisión de la propia OMC.¹¹⁸

La duración de un procedimiento típico es de un año sin apelación y de un año tres meses con apelación. Con la posibilidad de que las partes puedan acordar modificaciones a los plazos.

De lo anterior observamos, que el mecanismo de solución de controversias de la OMC, aunque presenta algunas características del modelo diplomático-político durante la etapa de consultas, constituye el ejemplo más completo de un sistema orientado por reglas en el ámbito internacional y sin duda se trata de “un elemento central para proveer seguridad y previsibilidad al sistema multilateral de comercio”.¹¹⁹

4.4.1.2 LOS TRATADOS DE LIBRE COMERCIO

México ha celebrado diversos tratados de libre comercio alrededor del mundo y, exceptuando los celebrados con la Unión Europea y la Asociación Europea de Libre Comercio, los demás siguen de cerca el modelo del Tratado de Libre Comercio de América del Norte y contienen varios mecanismos de solución de controversias.

¹¹⁸ LEBRIJA, Alicia y SBERRO, Stephan, Op. Cit., pp. 207 y 208.

¹¹⁹ Artículo 3.2 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias de la OMC.

El mecanismo de solución de controversias del TLCAN presenta un diseño con características de un modelo predominantemente orientado por reglas con otros elementos más prácticos que permiten la intervención de órganos políticos.

Sus características principales son las siguientes:

- En una primera etapa las partes intentan resolver la controversia en base a las consultas, seguida de una segunda etapa en donde interviene la Comisión de Libre Comercio, que es el órgano político conformado por los ministros de comercio de México, Estados Unidos y Canadá y cuenta con facultades para tratar de dirimir la controversia.
- Si el conflicto no se resuelve en las dos etapas anteriores, se da lugar a la etapa arbitral mediante un mecanismo orientado por reglas en donde intervienen 5 expertos que conforman el panel arbitral.
- El proceso se sujetará al debido proceso legal y a plazos indicativos, teniendo las partes el derecho de presentar oralmente y por escrito sus argumentos.
- Las partes tienen el derecho de hacer comentarios al informe preliminar presentado por el panel.
- El informe final que emita el panel arbitral no tendrá efecto vinculatorio directo para las partes en conflicto, pero una vez rendido dicho informe, las partes deberán acordar una solución satisfactoria que regularmente debe ajustarse a las recomendaciones de las partes.
- De no ser posible lo anterior, las partes deberán concertar de mutuo acuerdo una compensación, y en caso de no lograr un acuerdo la parte ganadora podrá dar lugar a la suspensión de beneficios de efecto equivalente. Dicha suspensión será sometida a revisión por el panel arbitral para determinar si la misma es equivalente.

“En cuanto a los sujetos impetrados en todo el sistema de solución de controversias, cabe señalar que el mismo funciona en torno a cuatro hipótesis: a)

en las controversias por prácticas desleales las relaciones se dan entre Estados a solicitud de los particulares; b) las controversias entre inversionistas y Estados huéspedes se dan entre agentes privados y los Estados; c) el arbitraje entre particulares, no cabe duda que sólo implica a agentes privados, y finalmente, d) el mecanismo general que se describe en el capítulo XX y que sólo contempla las relaciones entre Estados. No está por demás reiterar que en los acuerdos paralelos complementarios (ambientales y laborales) las relaciones son esencialmente de Estado a Estado.”¹²⁰

De lo anterior, podemos decir que en caso de presentarse una controversia derivada de un contrato de joint venture entre empresas de los países miembros del TLCAN, podría recurrirse al arbitraje entre particulares conforme a las reglas establecidas en el propio contrato y, para efectos del reconocimiento y ejecución del laudo arbitral, a lo establecido en la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, de la que Estados Unidos, México y Canadá son miembros desde 1970, 1971 y 1986, respectivamente.

4.4.2 EL JOINT VENTURE EN EL MARCO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN MATERIA DE INVERSIONES DEL TRATADO DE LIBRE COMERCIO ENTRE MÉXICO Y LA UNIÓN EUROPEA

En materia de solución de controversias del Acuerdo encontramos dos mecanismos. Uno, diplomático-político, aplicable al conjunto del acuerdo en particular sus aspectos políticos y de cooperación, y otro, orientado por reglas, aplicable sólo a la materia comercial. Ésta fue una solución concreta al problema de la amplia cobertura del acuerdo y de la diferencia del tipo de controversias que pudieran generarse.¹²¹

¹²⁰ WITKER, Jorge y HERNÁNDEZ, Laura, Op. Cit., p. 198.

¹²¹ LEBRIJA, Alicia y SBERRO, Stephan, Op. Cit., pp. 211 y 212.

4.4.2.1 EL MECANISMO DIPLOMÁTICO-POLÍTICO

Como ya lo mencionamos con anterioridad en varios puntos, el Acuerdo entre México y la Unión Europea comprende tres vertientes: de cooperación, política y comercial. Las controversias que se susciten en materia política y de cooperación se resolverán en el marco del Consejo Conjunto, el cual de acuerdo con el artículo 45 del Acuerdo Global examinará todas las cuestiones principales que surjan dentro del marco del Acuerdo y cualquier otra cuestión bilateral o internacional de interés mutuo. Asimismo, el Consejo Conjunto podrá decidir la creación de cualquier Comité especial u organismo que le ayude en la realización de sus tareas.¹²²

De esta manera, para dar solución a las eventuales diferencias en cuestiones políticamente sensibles, como las derivadas de la Cláusula Democrática, la aplicación de la Cláusula de Seguridad Nacional, o las cuestiones derivadas de la cooperación, se adoptó un mecanismo diplomático-político flexible y sin un procedimiento previamente establecido.

De acuerdo con el artículo 58 del Acuerdo Global, si una de las partes considera que la otra Parte ha incumplido alguna de las obligaciones establecidas en el Acuerdo, podrá adoptar las medidas apropiadas, entendiéndose por éstas a las adoptadas de conformidad con el Derecho Internacional. Previamente, y excepto en casos de urgencia especial, deberá proporcionar al Consejo Conjunto toda la información útil que se considere necesaria para examinar en profundidad la situación, con el fin de buscar, en un plazo no mayor de 30 días, una solución aceptable para las Partes. Como podemos apreciar de este artículo, existe la posibilidad de hacer uso, unilateralmente, de medidas de represalia en el marco del derecho internacional, situación que contrasta con la especificidad y las disciplinas del mecanismo que analizaremos a continuación.

¹²² Artículo 49 del Acuerdo Global.

4.4.2.2 EL MECANISMO COMERCIAL

Para resolver las controversias comerciales comprendidas en el Acuerdo, se adoptó un mecanismo distinto al anterior y claramente orientado por reglas. En el artículo 50 del Acuerdo Global encontramos el fundamento jurídico de los mecanismos de solución de controversias comerciales, al disponer que el Consejo Conjunto será el encargado de decidir sobre el establecimiento de un procedimiento específico para la solución de controversias, que sea compatible con las disposiciones pertinentes de la OMC en la materia.

El procedimiento de solución de controversias, se encuentra previsto en los artículos 41 a 47 de la Decisión del Acuerdo Interino y 37 a 43 de la Decisión del Acuerdo Global, donde se detallan los procedimientos de solución de controversias aplicables a las materias cubiertas en cada una de ellas.

Son aplicables también a los procedimientos ante el panel arbitral, las disposiciones contenidas en el Anexo III denominado “Reglas Modelo de Procedimiento”, Apéndice I “Código de Conducta”, así como la Declaración Conjunta sobre “Medios alternativos para la solución de controversias”.

4.4.2.2.1 ÁMBITO DE APLICACIÓN

El artículo 37.1 de la Decisión del Acuerdo Global, establece que las disposiciones del Título V son aplicables en relación con cualquier asunto que surja de esta Decisión o de los artículos 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10 y 11 del Acuerdo Global, relativos al comercio de bienes, servicios, movimientos de capital y pagos, incluyendo las medidas y el calendario para la liberalización progresiva y recíproca de restricciones a dichos movimientos, así como contratación pública y leyes de competencia. Del análisis de este artículo podría pensarse que el mecanismo de solución de controversias previsto en esta Decisión resulta aplicable para solucionar cualquier disputa que surja de la misma. Sin embargo, en dichos

artículos únicamente se establece un marco para fomentar el desarrollo de los intercambios comerciales de bienes y servicios, así como los objetivos a alcanzar por las partes. Por tal motivo, dicho mecanismo de solución de controversias no podrá utilizarse para solucionar disputas relacionadas al comercio de bienes y servicios entre las partes, ni sobre las demás materias contenidas en los artículos mencionados, sino que únicamente será aplicable a los conflictos que puedan surgir en relación a su contenido, alcance e interpretación; es decir, los compromisos establecidos por las partes en tales artículos.

El artículo 37.2 de esta misma Decisión dispone que por excepción, el procedimiento arbitral establecido en el capítulo III, no será aplicable en caso de controversias referentes a los artículos 9 (2), 31 (2) última oración, 34 y 36 de dicha Decisión. Por tal motivo, en materia de servicios no es aplicable a controversias relativas a los acuerdos sobre Reconocimiento mutuo, los cuales deberán estar de conformidad con las disposiciones pertinentes de la OMC, y en particular, con el artículo VII del GATS.

Tampoco es aplicable a las controversias relativas a Dificultades en la balanza de pagos, cuando se adopten medidas restrictivas con respecto a pagos, incluyendo transferencias de montos por concepto de la liquidación total o parcial de la inversión directa, las cuales se tomarán de acuerdo con otras obligaciones internacionales de la Parte de que se trate, incluyendo aquellas al amparo del Acuerdo de Marrakesh por el que se establece la OMC y los Artículos Constitutivos del Fondo Monetario Internacional.

De igual forma, no se aplicará a lo estipulado en el artículo 34, relativo a los Compromisos internacionales sobre inversión, que dispone que las Partes del Acuerdo recuerdan sus compromisos internacionales en materia de inversión, y especialmente los Códigos de Liberalización y el Instrumento de Trato Nacional de la OCDE.

Finalmente, tampoco es aplicable en lo relativo a la confirmación de las obligaciones de las Partes derivadas de las siguientes convenciones multilaterales sobre Propiedad Intelectual: el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Acuerdo sobre los ADPIC, 1994); el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial (Acta de Estocolmo, 1967); el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (Acta de París, 1971); la Convención Internacional sobre la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión (Roma, 1961); y el Tratado de Cooperación en Materia de Patentes (Washington 1970, enmendado en 1979 y modificado en 1984).

4.4.2.2 CONSULTAS

La etapa de consultas, previa a la etapa arbitral, tiene como función resolver las controversias mediante la negociación y la cooperación. El artículo 38 de la Decisión del Acuerdo Global, señala que cualquiera de las Partes podrá solicitar la realización de consultas en el seno del Comité Conjunto, en relación a cualquier asunto referente a la aplicación o interpretación de los instrumentos jurídicos abarcados, o cualquier otro asunto que considere pudiere afectar su funcionamiento. El Comité Conjunto deberá reunirse dentro de los 30 días siguientes a la entrega de la solicitud y procurará, sin demora, solucionar la controversia mediante una decisión, la cual especificará las medidas necesarias que debe adoptar la Parte respectiva y el plazo para hacerlo.

“No existen plazos rígidos para la duración de las consultas y las partes pueden acordarlos libremente. Sin embargo, si 15 días después de la reunión del Comité Conjunto o, en la hipótesis que ésta no se haya realizado, 45 días posteriores a la entrega de la solicitud de consultas, la parte que ha iniciado el

procedimiento y considera que no existe la posibilidad de llegar a una solución negociada viable, puede iniciar la fase arbitral.”¹²³

4.4.2.2.3 PROCEDIMIENTO ARBITRAL

El procedimiento arbitral tiene una cobertura más limitada que las consultas. En efecto, sólo puede iniciarse con respecto a la aplicación de una medida que se considere violatoria de los acuerdos jurídicos abarcados y que no se hubiere resuelto en la fase de consultas. A diferencia del TLCAN, el procedimiento arbitral no podrá utilizarse para cuestiones relacionadas con proyectos de medidas, la interpretación del tratado o contra medidas no violatorias que causen anulación o menoscabo.¹²⁴

Están excluidas de este procedimiento arbitral las cuestiones referentes a dificultades en la balanza de pagos, medidas antidumping y compensatorias, obstáculos técnicos al comercio, medidas sanitarias y fitosanitarias, uniones aduaneras y zonas de libre comercio, propiedad intelectual, reconocimiento mutuo de licencias así como los compromisos internacionales sobre inversión derivados de los instrumentos de la OCDE, pues estas materias están reguladas en sustancia en los acuerdos de la OMC y la Decisión del Acuerdo Global únicamente confirma los derechos y obligaciones de las partes en esos acuerdos, por lo que se optó porque los eventuales conflictos que surjan entre las Partes en estas materias, fueran resueltos en forma exclusiva en el foro de la OMC.

En cuanto al acceso de las Partes del Acuerdo a los mecanismos de solución de controversias en el marco de la OMC, el artículo 50 del Acuerdo Global señala que “El Consejo Conjunto decidirá sobre el establecimiento de un procedimiento específico para la solución de las controversias comerciales y

¹²³ LEBRIJA, Alicia y SBERRO, Stephan, Op. Cit., p. 214.

¹²⁴ Idem.

relacionadas con el comercio, compatible con las disposiciones pertinentes de la OMC en la materia.”

Todo mecanismo de solución de controversias de un acuerdo de integración celebrado conforme a los acuerdos de la OMC debe resolver la cuestión relacionada con la posibilidad de que una medida pueda ser considerada violatoria tanto de la OMC como del propio acuerdo de integración regional. Esto permitiría a la parte reclamante iniciar simultáneamente dos procedimientos en foros diferentes respecto de los mismos hechos.¹²⁵

En términos generales, las excepciones en la cobertura del mecanismo del Acuerdo reducen las posibilidades de que lo anterior suceda, aunque existen algunas hipótesis en que esta situación podría darse. Para evitar tal circunstancia, el mecanismo de solución de controversias del Acuerdo establece dos disposiciones:

La primera regla se encuentra contenida en el artículo 43 párrafo tercero, de la Decisión en comento, que señala: “Los procedimientos arbitrales establecidos de conformidad con este título no considerarán asuntos relacionados con los derechos y obligaciones de las Partes adquiridos en el marco del Acuerdo por el que se establece la OMC.”

Esta disposición implica dos cuestiones muy importantes; por un lado, limita el acceso de las Partes al procedimiento arbitral previsto en el Título V de la Decisión, en cuanto a que únicamente se accione respecto de asuntos que surjan de la misma y, por otro lado, impide recurrir a éste respecto de asuntos relacionados con los derechos y obligaciones adquiridos por las Partes en el marco de la OMC, en donde son aplicables las disposiciones contenidas en el Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias de la OMC.

¹²⁵ LEBRIJA, Alicia y SBERRO, Stephan, Op. Cit., p. 216.

La segunda regla se encuentra contenida en el mismo artículo 43 de la Decisión, aunque dentro del numeral 4 que dispone: “El recurso a las disposiciones del procedimiento de solución de controversias establecido en este título será sin perjuicio de cualquier acción posible en el marco de la OMC, incluyendo la solicitud de un procedimiento de solución de controversias. Sin embargo, cuando una Parte haya iniciado un procedimiento de solución de controversias conforme al Artículo 39 (1) de este título o al Acuerdo por el que se establece la OMC en relación con un asunto particular, no podrá iniciar un procedimiento de solución de controversias con respecto a la misma materia en el otro foro hasta que el primer procedimiento haya concluido. Para efectos de este párrafo se considerarán iniciados los procedimientos de solución de controversias en el marco de la OMC cuando una Parte haya presentado una solicitud para el establecimiento de un grupo especial de conformidad con el artículo 6 del Entendimiento de la OMC.”

La anterior disposición implica que en el caso de que una medida sea violatoria, tanto de la Decisión, como de la OMC, las partes no renuncian al derecho de iniciar procedimientos de solución de controversias en los dos foros. Aunque en caso de que esto suceda, no podrán establecerse en forma simultánea, sino que sólo podrá iniciarse el segundo procedimiento, hasta que haya concluido el primero. Esta disposición reduce en buena medida la posibilidad de tener dos decisiones diferentes sobre el mismo asunto en el marco de los acuerdos con la OMC y con la Unión Europea, aunque no la elimina del todo.

4.4.2.2.3.1 ESTABLECIMIENTO E INTEGRACIÓN DEL PANEL ARBITRAL

En caso de que una Parte considere que una medida aplicada por la otra Parte viola los instrumentos jurídicos abarcados y el asunto no se hubiere resuelto dentro de los 15 días posteriores a las consultas realizadas en el seno del Comité Conjunto, o dentro de los 45 días posteriores a la entrega de la solicitud de

reunión del Comité Conjunto, cualquier Parte podrá solicitar por escrito el establecimiento de un panel arbitral. La Parte solicitante mencionará en la solicitud la medida y las disposiciones de los instrumentos jurídicos abarcados que considere pertinentes y entregará la solicitud a la otra Parte y al Comité Conjunto.¹²⁶

El procedimiento de designación de árbitros se encuentra previsto en el artículo 40 de la Decisión que se comenta y se lleva a cabo de la siguiente manera:

La Parte solicitante notificará a la otra Parte la designación de un árbitro y propondrá hasta 3 candidatos para actuar como presidente del panel. La otra Parte dentro de los 15 días siguientes deberá designar un segundo árbitro y propondrá hasta 3 candidatos para actuar como presidente del panel.

Ambas Partes procurarán acordar la designación del presidente del panel dentro de los 15 días posteriores a la designación del segundo árbitro y la fecha en que se designe al presidente se considerará establecido el panel arbitral.

Si una Parte no selecciona a su árbitro, éste se seleccionará por sorteo de entre los candidatos propuestos. De igual forma, si las Partes no logran llegar a un acuerdo sobre quién será el presidente del panel, éste será seleccionado por sorteo dentro de la semana siguiente, de entre los candidatos propuestos.

Una vez integrado el panel arbitral, éste debe recibir un mandato específico de las partes, cuestión fundamental para que pueda ejercer de manera completa y específica su labor. Como el acta de misión la elaboran las partes en conflicto, es posible que alguna de ellas se niegue a cooperar o que existan desacuerdos sobre su contenido. Una importante característica del procedimiento es que, para evitar obstáculos en el procedimiento, las Reglas de Procedimientos contienen un acta

¹²⁶ Artículo 39 de la Decisión del Acuerdo Global.

de misión que será utilizada en caso de que las partes no acuerden una distinta dentro de los 20 días siguientes a la solicitud del establecimiento del panel.¹²⁷

En caso de muerte, renuncia o remoción de un árbitro, se elegirá un sustituto dentro de los 15 días siguientes, conforme al procedimiento establecido para su elección. En este caso, cualquier plazo aplicable al procedimiento arbitral quedará suspendido desde la fecha de la muerte, renuncia o remoción hasta la fecha en que se elija al sustituto.

De conformidad con las Reglas Modelo de Procedimiento establecidas en el Anexo III de la Decisión, los árbitros deberán ser elegidos de manera que queden aseguradas su independencia e imparcialidad y contar con una formación suficientemente variada y amplia experiencia en campos diversos. Además actuarán a título personal y no en calidad de representantes de un gobierno ni de cualquier organización, y se encuentran sujetos a un Código de Conducta establecido en el Apéndice I.

4.4.2.2.3.2 INFORMES DE LOS PÁNELES

El panel arbitral presentará a las Partes dos informes, uno preliminar y el otro final. El informe preliminar contendrá sus conclusiones, y deberá presentarlo a más tardar tres meses después de la fecha de establecimiento del panel, y en ningún caso después de cinco meses a partir de esa fecha. Dentro de los 15 días siguientes a su presentación, cualquier Parte podrá hacer observaciones por escrito al panel arbitral sobre dicho informe. En cuanto al informe final, deberá presentarse a las Partes en un plazo de 30 días contados a partir de la presentación del informe preliminar. En casos de urgencia, el panel arbitral procurará presentar a las Partes su informe final dentro de los tres meses posteriores a la fecha de su establecimiento y en ningún caso después de cuatro

¹²⁷ LEBRIJA, Alicia y SBERRO, Stephan, Op. Cit., pp. 219 y 220.

meses. El panel arbitral podrá emitir un dictamen preliminar sobre si considera que un caso es urgente.

Todas las decisiones del panel arbitral, incluyendo la adopción del informe final y cualquier decisión preliminar deberán tomarse por mayoría de votos. Cada árbitro tendrá un voto.

La Parte reclamante en cualquier momento podrá retirar su reclamación, siempre y cuando lo haga antes de la presentación del informe final. El retiro será sin perjuicio del derecho a presentar una nueva reclamación en relación con el mismo asunto en una fecha posterior.

4.4.2.2.3.3 CUMPLIMIENTO DEL INFORME DEL PANEL

En virtud del artículo 42.1 de la Decisión en estudio, cada Parte está obligada a tomar las medidas pertinentes para dar cumplimiento al informe final. Es decir, el informe emitido por el panel arbitral tiene un carácter vinculatorio directo. Sin embargo, se deja a las partes la posibilidad de acordar las medidas específicas que se requieran para cumplir con dicho informe.

En cuanto al plazo para dar cumplimiento al informe final, se establece que la parte afectada o que perdió el caso, deberá cumplir con el informe final sin demora, y para ello se le otorga un plazo de 30 días posteriores a la presentación del informe final, para que comunique a la otra parte sus intenciones en relación con el cumplimiento del mismo. En caso de que no sea posible cumplir inmediatamente, se podrá acordar un plazo razonable para hacerlo y a falta de este acuerdo, cualquier Parte podrá solicitar al panel arbitral original que determine, en un término de 15 días y a la luz de las circunstancias particulares, dicho plazo.

La Parte afectada notificará a la otra Parte las medidas adoptadas para dar cumplimiento al informe final antes de la conclusión del plazo razonable acordado por las partes o determinado por el panel, según sea el caso. Al recibir la notificación, cualquiera de las Partes podrá solicitar al panel arbitral original que se pronuncie sobre la conformidad de las medidas con el informe final, y el panel arbitral deberá emitir su dictamen dentro de los 60 días posteriores a la solicitud.

En caso de que la Parte afectada no notifique las medidas para dar cumplimiento al informe final antes de la conclusión del plazo establecido, o bien si el panel arbitral determina que estas medidas son incompatibles con el informe final, la Parte responsable deberá, si así lo solicita la Parte reclamante, celebrar consultas con objeto de acordar una compensación mutuamente aceptable que ponga fin al conflicto. La falta de acuerdo de las Partes dentro de los 20 días siguientes a la solicitud, trae como consecuencia que la Parte reclamante pueda suspender la aplicación de beneficios de forma equivalente a aquéllos afectados por la medida que se determinó ser violatoria de los instrumentos jurídicos abarcados. La suspensión de beneficios primeramente se hará en el mismo sector o sectores que resultaron afectados por la medida que el panel arbitral determinó ser violatoria de los instrumentos jurídicos abarcados. En caso de que la Parte afectada considere que no resulta práctico o efectivo suspender beneficios en el mismo sector o sectores, podrá suspender beneficios en otros sectores.

La Parte reclamante notificará a la otra Parte los beneficios que pretende suspender a más tardar 60 días antes de que la suspensión tenga lugar. Cualquier Parte podrá, dentro de los siguientes 15 días, solicitar al panel arbitral original que determine si los beneficios a suspender son equivalentes a aquéllos afectados por la medida violatoria y el panel arbitral emitirá su dictamen dentro de los 45 días siguientes a la presentación de la solicitud. Los beneficios no podrán suspenderse hasta que el panel arbitral haya emitido su dictamen.

La suspensión de beneficios será temporal y sólo podrá mantenerse hasta que la medida violatoria haya sido retirada o modificada de manera que se ponga en conformidad con los instrumentos jurídicos abarcados, o hasta que las Partes hayan alcanzado un acuerdo para la solución de la controversia. Nuevamente y a petición de cualquier Parte, el panel arbitral podrá emitir un dictamen sobre la compatibilidad del informe final con las medidas para dar cumplimiento al mismo después de la suspensión de beneficios, así como decidir si la suspensión de beneficios debe darse por terminada o modificarse. El panel arbitral emitirá su dictamen dentro de los 30 días siguientes a la fecha de la solicitud. Todas las resoluciones emitidas por los paneles son obligatorias.

4.4.2.2.3.4 DISPOSICIONES GENERALES

Las disposiciones generales están contempladas en el artículo 43 de la Decisión que se comenta, y establecen lo siguiente:

- Cualquier plazo podrá ser extendido por acuerdo mutuo de las Partes.
- A menos que las Partes acuerden otra cosa los procedimientos arbitrales seguirán las reglas modelo de procedimiento, establecidas en el anexo III y dichas reglas podrán ser modificadas por el Comité Conjunto.
- Los procedimientos arbitrales no considerarán asuntos relacionados con los derechos y obligaciones de las Partes adquiridos en el marco del Acuerdo por el que se establece la OMC.
- Las Partes podrán resolver sus controversias en el seno de la OMC o a través de los mecanismos previstos en la Decisión.

4.4.2.2.3.5 REGLAS MODELO DE PROCEDIMIENTO

Los detalles de la substanciación del procedimiento se encuentran regulados en las Reglas Modelo de Procedimiento contenidas en el Anexo III, las cuales otorgan certidumbre y claridad al procedimiento. Estas reglas contienen

una serie de disposiciones que regulan aspectos relativos a escritos y notificaciones, requisitos para ser árbitro, acta de misión, funcionamiento del panel arbitral, la forma en que se desarrollan las audiencias, reglas de interpretación y carga de la prueba, confidencialidad del procedimiento, función de los expertos, traducción e interpretación, cómputo de plazos, etc.

4.4.2.2.3.6 MEDIOS ALTERNATIVOS PARA LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS COMERCIALES PRIVADAS

El mecanismo de solución de controversias que acabamos de explicar, solamente puede ser utilizado por las Partes del Acuerdo. Es decir, los particulares no tienen acceso a este mecanismo para resolver sus controversias y, únicamente lo tienen los Estados y la Unión. Por tanto, no es aplicable para resolver las controversias en materia de Joint Ventures.

A efecto de resolver las controversias comerciales privadas entre particulares, México y la Unión Europea establecieron una Declaración Conjunta relativa a los medios alternativos para la solución de controversias, mediante la cual se comprometieron a que en la medida de lo posible, cada Parte promoverá y facilitará el recurso al arbitraje y a otros medios alternativos para la solución de controversias comerciales privadas entre particulares en la zona de libre comercio. En este sentido, las Partes confirman la importancia que le otorgan a la Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 (Convención de Nueva York).

Tomando como punto de partida esta Declaración para resolver las controversias que pudieran surgir entre las empresas mexicanas y europeas que acordaran celebrar un contrato de joint venture a desarrollar dentro del territorio mexicano, debemos tener en cuenta las disposiciones establecidas en la Convención de Nueva York de 1958 y en la legislación nacional al respecto.

4.4.2.2.3.6.1 CONVENCIÓN SOBRE EL RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS ARBITRALES EXTRANJERAS

La aplicación de la Convención de Nueva York se centra en dos ámbitos: el reconocimiento de laudos arbitrales y el reconocimiento del convenio arbitral.

El ámbito de aplicación de esta Convención respecto al reconocimiento del laudo arbitral se encuentra previsto en el artículo I que dispone en su primer párrafo:

“La presente Convención se aplicará al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de un Estado distinto de aquel en que se pide el reconocimiento y la ejecución de dichas sentencias, y que tengan su origen en diferencias entre personas naturales o jurídicas. Se aplicará también a las sentencias arbitrales que no sean consideradas como sentencias nacionales en el Estado en el que se pide su reconocimiento y ejecución.”

Del análisis del párrafo anterior, observamos que esta Convención resulta aplicable al reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales que tengan su origen en diferencias entre personas naturales o jurídicas. Si hablamos del joint venture como la unión de fuerzas entre dos o más empresas, nos estamos refiriendo a personas jurídicas, por lo que a partir de este precepto, se constata que la Convención de Nueva York no presenta limitación alguna en razón de la persona.

De acuerdo con el párrafo segundo del mismo artículo, “la expresión sentencia arbitral no sólo comprenderá las sentencias dictadas por los árbitros nombrados para casos determinados, sino también las sentencias dictadas por los órganos arbitrales permanentes a los que las partes se hayan sometido.”

A su vez el artículo II establece en relación al reconocimiento del convenio arbitral lo siguiente:

“1. Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje.

2. La expresión "acuerdo por escrito" denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas.”

El efecto del reconocimiento del convenio arbitral está regulado en el párrafo 3 de este mismo artículo, que determina:

“El tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable.”

“Ahora bien, poniendo en relación el anteriormente citado artículo I con el artículo II de la Convención, debe concluirse que éste abarca exclusivamente aquellos laudos que provienen de un arbitraje voluntario y no ampara, por el contrario, los dictados en el seno de un arbitraje obligatorio.”¹²⁸

Asimismo, el artículo III de la referida Convención ordena que cada uno de los Estados Contratantes reconocerá la autoridad de la sentencia arbitral y concederá su ejecución de conformidad con las normas de procedimiento vigentes

¹²⁸ GÓMEZ JENE, Miguel, *El Arbitraje Comercial Internacional en la Unión Europea: La eficacia del laudo arbitral*, Ed. COLEX, Madrid, 2000, p. 39.

en el territorio donde la sentencia sea invocada, con arreglo a las condiciones establecidas en esta Convención. Para el reconocimiento o la ejecución de las sentencias arbitrales a que se aplica la presente Convención, no se impondrán condiciones apreciablemente más rigurosas, ni honorarios o costas más elevados, que los aplicables al reconocimiento o a la ejecución de las sentencias arbitrales nacionales.

Es de destacarse el artículo IV que establece los requisitos mínimos que han de cumplirse para alcanzar el reconocimiento y posterior ejecución del laudo arbitral. Así, la parte que pida el reconocimiento y la ejecución deberá presentar, junto con la demanda de reconocimiento, el original de la sentencia arbitral o una copia autenticada de ésta, así como el original del convenio arbitral, o copia autenticada.

Por su parte el artículo V recoge las causas de denegación del reconocimiento y la ejecución de la sentencia, las cuales pueden ser invocadas por la parte que se opone al reconocimiento, o apreciadas por el tribunal que conoce del mismo:

- Causas de denegación invocadas por la parte contra la que se invoca el reconocimiento: que las partes en el acuerdo se encuentren sujetas a alguna incapacidad en virtud de la ley que le es aplicable, o que dicho acuerdo no sea válido conforme a la ley a que las partes se sometieron; que la parte contra la cual se invoca la sentencia arbitral no haya sido notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje mermandole sus medios de defensa; que la sentencia se refiera a una diferencia no prevista en el compromiso o no comprendida en las disposiciones de la cláusula compromisoria; que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o a ley del país donde se ha efectuado el arbitraje; y por último, que la sentencia no sea aún obligatoria para las partes o haya sido

anulada o suspendida por una autoridad competente del país en que ha sido dictada esa sentencia.

- Causas de denegación apreciables por el tribunal que conoce del reconocimiento: que el objeto de la diferencia no sea susceptible de solución por vía arbitral, o que el reconocimiento del laudo sea contrario al orden público.

Por otro lado, el artículo VII prevé que las disposiciones de esta Convención no afectarán la validez de los acuerdos multilaterales o bilaterales sobre la misma materia que hayan sido concertados por los Estados contratantes.

Las siguientes disposiciones de la Convención únicamente hacen referencia a la ratificación, adhesión, depósito del instrumento de adhesión y entrada en vigor de la misma.

Por último debemos mencionar el artículo XIV que establece lo siguiente:

“Ningún Estado Contratante podrá invocar las disposiciones de la presente Convención respecto de otros Estados Contratantes más que en la medida en que él mismo esté obligado a aplicar esta Convención.”

De la letra de este precepto podría deducirse que los laudos arbitrales «no comerciales» dictados en un Estado parte que hubiera formulado la declaración comercial no podrán solicitar la aplicación del Convenio ante los tribunales de un Estado parte que no haya realizado tal declaración. Se trataría, en consecuencia, de dotar a la declaración comercial de un «carácter de reciprocidad».

4.4.2.2.3.6.2 CÓDIGO DE COMERCIO

El Código de Comercio establece una serie de disposiciones relativas al arbitraje comercial nacional y al reconocimiento y ejecución del laudo arbitral, aún cuando sea dictado en el extranjero, mismas que analizaremos a continuación.

El artículo 1347-A establece que las sentencias y resoluciones dictadas en el extranjero podrán tener fuerza de ejecución si se cumplen las siguientes condiciones: que cumplan con las formalidades establecidas en los tratados en que México sea parte en materia de exhortos provenientes del extranjero; que no hayan sido dictadas como consecuencia del ejercicio de una acción real; que el juez o tribunal sentenciador haya sido competente para conocer y juzgar el asunto, de acuerdo con las reglas reconocidas en el derecho internacional que sean compatibles con las adoptadas por este Código; que el demandado haya sido notificado o emplazado en forma personal a efecto de asegurarle la garantía de audiencia y el ejercicio de sus defensas; que tenga el carácter de cosa juzgada en el país en que fueron dictados, o que no exista recurso ordinario en su contra; que la acción que les dio origen no sea materia de juicio que esté pendiente entre las mismas partes ante tribunales mexicanos; que la obligación para cuyo cumplimiento se haya procedido no sea contraria al orden público en México; y que llenen los requisitos para ser considerados como auténticos.

No obstante el cumplimiento de las anteriores condiciones, el juez podrá negar la ejecución si se probara que en el país de origen no se ejecutan sentencias o resoluciones jurisdiccionales extranjeras en casos análogos.

Por su parte el Título IV establece las disposiciones relativas al arbitraje comercial.

“Artículo 1415.- Las disposiciones del presente título se aplicarán al arbitraje comercial nacional, y al internacional cuando el lugar del arbitraje se encuentre en

territorio nacional, salvo lo dispuesto en los tratados internacionales de que México sea parte o en otras leyes que establezcan un procedimiento distinto o dispongan que determinadas controversias no sean susceptibles de arbitraje.

Lo dispuesto en los artículos 1424, 1425, 1461, 1462 y 1463, se aplicará aún cuando el lugar del arbitraje se encuentre fuera del territorio nacional.”

Como podemos apreciar de la lectura de este artículo, está contemplado el arbitraje comercial nacional y el internacional, que serán válidos cuando tengan lugar dentro del territorio nacional y aún cuando el lugar del arbitraje se encuentre fuera del territorio nacional.

El artículo 1416 establece lo que debemos entender por:

- Acuerdo de arbitraje: es el acuerdo a través del cual las partes deciden someter a arbitraje todas o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.

Este artículo es fundamental para nuestra investigación, en virtud de que en el contrato de joint venture por lo general se incluyen las reglas para la solución de controversias, los tribunales que intervendrán y las leyes aplicables, así como también, la determinación de organismos a los cuales recurrir en cuestiones de arbitraje. Así, el acuerdo de arbitraje puede adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en el contrato de joint venture.

El artículo 1423 dispone respecto del acuerdo de arbitraje, que éste deberá constar por escrito y consignarse en un documento firmado por las partes. La referencia hecha en un contrato a un documento que contiene una cláusula

compromisoria constituirá acuerdo de arbitraje siempre que dicho contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.

En relación a este artículo podemos decir que las partes en un contrato de joint venture, por lo general incluyen en un documento anexo al propio contrato una cláusula compromisoria por escrito firmada por las partes, donde se comprometen a someter sus diferencias al arbitraje.

A su vez el artículo 1424 ordena que el juez al que se someta un litigio sobre un asunto que sea objeto de un acuerdo de arbitraje remitirá a las partes al arbitraje en el momento que cualquiera de ellas lo solicite. Excepto cuando se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible.

Por otra parte, el Capítulo IX relativo al Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales, recoge los compromisos establecido en la Convención de Nueva York de 1958. Así, el artículo 1461 dispone que un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que se haya dictado, será reconocido como vinculante y, posterior a la presentación de una petición por escrito al juez, será ejecutado de conformidad con las disposiciones de ese Capítulo.

En concordancia con el artículo IV de la Convención de Nueva York, dicho artículo exige como requisitos mínimos que debe presentar la parte que invoque el reconocimiento y posterior ejecución del laudo: el original debidamente autenticado del laudo o copia certificada del mismo y el original del acuerdo de arbitraje o copia certificada del mismo.

En la misma forma que el artículo V de la Convención de Nueva York, el artículo 1462 del Código de Comercio recoge las causas de denegación del reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral, las cuales pueden ser invocadas por la parte contra la cual se invoca el laudo, o apreciadas por el juez que conoce del mismo:

- Causas invocadas por la parte contra la cual se invoca el laudo: que una de las partes en el acuerdo de arbitraje se encontrara afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no sea válido en virtud de la ley a que las partes se sometieron, o de la ley del país en que se dictó el laudo; que la parte contra la cual se invoca la sentencia arbitral no haya sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales mermándole sus derechos; que el laudo se refiera a una controversia no prevista en el acuerdo; que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se hayan ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o a ley del país donde se efectuó el arbitraje; y por último, que el laudo no sea aún obligatorio para las partes o que haya sido anulado o suspendido por una autoridad competente del país en que se hubiere dictado ese laudo.

- Causas de denegación apreciables por el juez que conoce del reconocimiento: que de acuerdo con la legislación mexicana, el objeto de la controversia no sea susceptible de solución por vía arbitral, o que el reconocimiento del laudo sea contrario al orden público, o bien cuando se trate de laudos arbitrales dictados en el extranjero como consecuencia de una acción real sobre inmuebles ubicados en el territorio nacional.

Por lo general, los contratos de Joint Venture suelen proveer un tiempo de conciliación para la resolución de disputas y si no es posible resolverlas por este medio, entonces recurren al arbitraje en un foro neutral de reconocida trayectoria y de cierta predicción de sus decisiones para finalizar diferencias irreconciliables entre los co-venturers. En ocasiones, también convienen el uso de las reglas de la

Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL).

Por último mencionaremos, que a pesar de que las Partes en el Acuerdo entre México y la Unión Europea, no establecieron un mecanismo de solución de controversias comerciales privadas como hubiera sido deseable, sí dieron la pauta para resolverlas a través de la Declaración Conjunta de la Decisión del Acuerdo Global, por lo que las posibles controversias que surjan entre las empresas mexicanas y europeas en materia de Joint Ventures, pueden resolverse a través del arbitraje. Así, tanto el convenio como el laudo arbitral que se emitan, serán reconocidos y ejecutados de acuerdo con las disposiciones de la Convención de Nueva York de 1958, de la que México y los Estados miembros de la Unión Europea son parte. Asimismo, serán aplicables las disposiciones del Código de Comercio a las que ya hicimos referencia.

CONCLUSIONES

PRIMERA: El origen y evolución histórica del Joint Venture a partir de la Partnership, nos ayuda a comprender el carácter esencialmente contractual de esta figura, que no pretende la creación de una persona jurídica distinta de las que la integran, pues lo que motiva a las partes, en la mayoría de los casos, a realizar este tipo de operaciones, es vincularse en una relación contractual de carácter temporal, manteniendo su autonomía.

SEGUNDA: El Joint Venture como forma de “colaboración de empresas”, ha adquirido en los últimos años gran relevancia a nivel internacional, por ser una figura que cuenta con gran flexibilidad para satisfacer las necesidades actuales de los negocios y proyectos de diversa naturaleza, ya que implica la realización de objetivos comunes y permite a las empresas emprender proyectos que de manera individual serían imposibles o difíciles de realizar, debido, entre otras causas, a la carencia de recursos, financiamiento, tecnología o bien de estrategias adecuadas. Ante esta necesidad de las empresas de lograr un mayor desarrollo industrial y obtener tecnología más avanzada, se hace evidente la necesidad de conjugar esfuerzos para el logro de una finalidad en común, a través del uso de instrumentos que permitan compartir la capacidad y experiencia mutua y distribuir los riesgos de la inversión en innovaciones. La cooperación, por tanto, será ineluctablemente, la única forma de mantenerse competitivos y poder responder a cualquier reto que se presente.

TERCERA: El Joint Venture es un contrato atípico en la legislación mexicana que puede celebrarse en nuestro país con base al principio de Autonomía de la Voluntad, siempre y cuando las estipulaciones que hagan las partes respecto del contrato, no sean contrarias a la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres. Así, el Joint Venture se rige en nuestro derecho por las reglas generales de los contratos, las estipulaciones de las partes y, en lo que fueron omisas, por las disposiciones del contrato con el que tenga mayor analogía el Joint

Venture. No obstante, es vital que los co-venturers establezcan claramente sus derechos, obligaciones y responsabilidades asumidas al momento de celebrar el contrato, pues a falta de una ley que lo regule, podrían suscitarse problemas de interpretación e incertidumbre jurídica entre las partes y en sus relaciones con terceros.

CUARTA: El carácter *Intuitu personae* constituye un elemento esencial en el contrato de Joint Venture, en razón de que los co-venturers al gozar de un igual derecho de control, representación y dirección, así como responder solidaria e ilimitadamente frente a terceros, por pérdidas que pudiera ocasionar el emprendimiento conjunto, deben tener muy en cuenta las características intelectuales, morales, reputación mercantil, industrial o científica con las que cuenta cada uno de ellos, pues estas cualidades particulares y a veces originales de los sujetos, son las que los hace unirse y le dan este carácter *Intuitu personae* al Joint Venture.

QUINTA: Algunos autores consideran al Joint Venture como un contrato o figura típica del Derecho Mexicano, asimilándolo con la Sociedad Anónima, la Asociación en Participación o la Fusión de empresas, sin embargo, concluimos que se trata de figuras jurídicas distintas, que aunque presentan algunas características similares con el Joint Venture, existen marcadas diferencias entre ellas, que hacen imposible encuadrarlo, como un contrato o figura típica en nuestro Derecho.

SEXTA: En razón de la integración económica, nuestro país ha celebrado diversos Tratados de Libre Comercio con distintos Estados, alrededor del mundo, a la luz del artículo XXIV del GATT y V del GATS. En este sentido, surgió la necesidad de realizar diversas modificaciones en nuestra legislación, con el objeto de eliminar barreras a la inversión y otorgar garantías suficientes a los inversionistas de los países firmantes de los Acuerdos, tal es el caso de la expedición de la Ley de Inversión Extranjera, que llevó a la abrogación de la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera de 1973.

SÉPTIMA: El Acuerdo entre México y la Unión Europea es el resultado de una intensa y larga negociación entre las partes con el fin de estrechar relaciones no sólo en el ámbito Económico, sino también en el Político y en varios sectores de Cooperación. Uno de los objetivos primordiales planteados por México, al momento de firmar el Acuerdo, fue el de diversificar sus relaciones comerciales tan integradas a Estados Unidos; por su parte, la Unión Europea vio la posibilidad de acceso al libre comercio con el segundo asociado comercial de Estados Unidos, y la posibilidad de acercamiento a una amplia red de países con los que México mantiene relaciones comerciales en virtud de sus acuerdos celebrados.

OCTAVA: Las disposiciones en materia de inversión del TLCUEM se encuentran contenidas en el Título II denominado Comercio de Servicios, y en el Título III, que lleva el nombre de Inversión y pagos relacionados, los cuales forman parte de la Decisión del Consejo Conjunto del Acuerdo Global. En el Título II se prevén los cuatro modos de prestación de servicios, que incluyen la prestación de servicios mediante presencia comercial. La inversión se contempla en este mismo Título de manera especial, como una forma de prestación de servicios, de acuerdo al modo 3 previsto en el GATS. Asimismo, el Comercio de Servicios se encuentra regido por dos principios muy importantes, que son: el Trato de la nación más favorecida y el Trato nacional.

NOVENA: En el artículo 33 contenido en el Título III de la Decisión del Acuerdo Global, está previsto que las Partes buscarán promover el desarrollo de mecanismos de inversión conjunta mediante la identificación de oportunidades de inversión, en apoyo a sus pequeñas y medianas empresas. De igual forma, el Acuerdo Global en su artículo 17 prevé la cooperación en el sector de las pequeñas y medianas empresas, la cual consistirá en impulsar inversiones conjuntas y el establecimiento de empresas conjuntas y redes de información, por medio de programas como ECIP, AL-INVEST, BRE y BC-NET. Estos programas, particularmente AL-INVEST, hacen referencia a la celebración de contratos de Joint Venture, como apoyo a la inversión y cooperación conjunta en dicho sector.

DÉCIMA: De acuerdo a nuestra investigación, concluimos que es posible la aplicación del Joint Venture en México, como un instrumento útil para encaminar los flujos de inversión europea, en apoyo a las empresas mexicanas que no cuentan con los recursos, financiamiento, infraestructura, o bien con estrategias adecuadas, que les permitan ser más competitivas. Por medio de la colaboración conjunta con empresas europeas, que busquen invertir en el mercado mexicano; buscando siempre el beneficio del país y haciendo uso de los mecanismos de inversión conjunta previstos en el Acuerdo.

DÉCIMA PRIMERA: El mecanismo de solución de controversias previsto en el Acuerdo entre México y la Unión Europea, solamente puede ser utilizado por las Partes del Acuerdo. Es decir, los particulares no tienen acceso a este mecanismo para resolver sus controversias y, únicamente lo tienen los Estados y la Unión. A pesar de que no se estableció un mecanismo de solución de controversias comerciales privadas, sí se dio la pauta para resolverlas a través de una Declaración Conjunta relativa a los medios alternativos para la solución de controversias, mediante la cual las Partes se comprometieron a que en la medida de lo posible promoverán y facilitarán el recurso al arbitraje y a otros medios alternativos para la solución de controversias entre particulares en la zona de libre comercio, confirmando la importancia que le otorgan a la Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958.

DÉCIMA SEGUNDA: En el Joint Venture las partes por lo general incluyen en el propio contrato las reglas para la solución de controversias, los tribunales que intervendrán y las leyes aplicables, al igual que la determinación de organismos a los cuales recurrir en cuestiones de arbitraje. Así, el acuerdo de arbitraje puede adoptar la forma de cláusula compromisoria incluida en el contrato de Joint Venture; por lo que tomando como punto de partida la Declaración Conjunta sobre medios alternativos para la solución de controversias del Acuerdo, a efecto de resolver las diferencias que pudiera surgir entre las empresas mexicanas y

europeas que acordaran celebrar un contrato de Joint Venture a desarrollar en México, debemos tener en cuenta las disposiciones establecidas en la Convención de Nueva York de 1958 y en el Código de Comercio. Así, tanto el convenio como el laudo arbitral que se emitan serán reconocidos y ejecutados de acuerdo con dichas disposiciones.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

ARCE GARGOLLO, Javier, Contratos Mercantiles Atípicos, Ed. Trillas, México, 2001.

ASTOLFI, Andrea, El contrato internacional de Joint Venture, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1981.

BAPTISTA, Luis Olavo, Les association entre enterprises (joint ventures) dans le commerce International, Paris, 1992.

BOLAÑOS LINARES, Rigel, Inversión Extranjera, Ed. Porrúa, México, 2002.

CABANELLAS, Guillermo y KELLY, Julio Alberto, Contratos de colaboración Empresarial; Agrupaciones de colaboración, uniones transitorias de empresas y joint ventures, Ed. Heliasta, Buenos Aires, 1987.

COLAIACOVO, Juan Luis y otros, Joint Ventures y otras formas de cooperación empresaria internacional, Ed. Macchi, Buenos Aires, 1992.

CRUZ MIRAMONTES, Rodolfo, Las relaciones comerciales multilaterales de México y el Tratado de Libre Comercio con la Unión Europea, Instituto de Investigaciones Jurídicas, serie Doctrina Jurídica, número 124, México, 2003.

DUSSEL PETERS, Enrique, Condiciones y efectos de la inversión extranjera directa y del proceso de integración regional en México durante los 90: Una perspectiva macro, meso y micro, UNAM, México, 2003.

FERREIRA PORTELA, Philippe, La liberalización del sector servicios: el caso del Tratado Unión Europea/México, División de Comercio Internacional e Integración, CEPAL, Santiago de Chile, 2001.

GARCÍA RENDÓN, Manuel, Sociedades Mercantiles, Ed. Harla, México, 1993.

GHERSI, Carlos, Contratos Civiles y Comerciales, Buenos Aires, 1990.

GINEBRA SERRABOU, Xavier, Alianzas estratégicas o, Joint Ventures, Ed. Themis, México, 2000.

GITMAN, Lawrence y Michael Joehnk, Fundamentals of Investing, Ed. Pearson, USA, 2004.

GÓMEZ JENE, Miguel, El Arbitraje Comercial Internacional en la Unión Europea: La eficacia del laudo arbitral, Ed. COLEX, Madrid, 2000.

GÓMEZ SOTO, Denise y COLLADA RAMÍREZ, Ma. Teresa, Aventuras conjuntas Joint Ventures “Nuevas formas de asociación en negocios nacionales e internacionales”, ITAM, México, 1993.

GUARDIOLA SACARRERA, Enrique. Contratos de Colaboración en el comercio internacional, Barcelona, 1998.

LE PERA, Sergio, Joint venture y Sociedad, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1992.

LEBRIJA, Alicia y SBERRO, Stephan (Coordinadores), México-Unión Europea El acuerdo de asociación económica, concertación política y cooperación. Sus aspectos fundamentales, ITAM, México, 2002.

MARTÍNEZ ALFARO, Joaquín, Teoría de las Obligaciones, Ed. Porrúa, México, 2000.

MARZORATI, Osvaldo J., Alianzas estratégicas y joint ventures, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1996.

MIQUEL, RODRÍGUEZ, Jorge, La Sociedad Conjunta (Joint Venture Corporation), Ed. Civitas, Madrid, 1998.

MORALES CASTRO, José Antonio, Proyectos de Inversión en la Práctica, Ed. Gasca Sicco, México, 2003.

MORALES PÉREZ, Eduardo, Las relaciones de México con la Unión Europea “retos y oportunidades”, EL COLEGIO MEXIQUENSE, México, 2003.

PAULEAU, Christine, El régimen jurídico de las «joint ventures», UNAM, Valencia, 2003.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín. Tratado de Sociedades Mercantiles, Tomo II, Ed. Porrúa, México, 1994.

SÁNCHEZ GÓMEZ, Narciso, Las inversiones extranjeras en México, Ed. Porrúa, México, 2003.

SELDON, Arthur, Diccionario de Economía, Barcelona, 1992.

SIERRALTA RÍOS, Aníbal, Joint Venture Internacional, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1996.

VÁSQUEZ DEL MERCADO, Oscar, Asambleas, fusión y liquidación de sociedades mercantiles, Ed. Porrúa, México, 2002.

VEGA CANOVAS, Gustavo y POSADAS, Alejandro, México, Estados Unidos y Canadá: resolución de controversias en la era post Tratado de Libre Comercio de América del Norte, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, México, 2005.

W. GORDON, Michael, The Joint Venture an Institution for Mexican Development. Arizona State University E.U.A. 1978.

WITKER, Jorge y HERNÁNDEZ, Laura, Régimen jurídico del comercio exterior, UNAM, México, 2002.

ZALDÍVAR, Enrique, Contratos de colaboración empresaria, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993.

ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Ángel, Contratos Civiles, Ed. Porrúa, México, 2002.

ARTÍCULOS

MARTÍNEZ, José Manuel, Contratos de Alianza estratégica (Joint Venture), IUSTITIA, No. 6, Mayo, 2003, Monterrey, NL., México.

MARTÍNEZ, José Manuel, Contratos de Alianza estratégica (Joint Venture), IUSTITIA, No. 7, Agosto, 2003, Monterrey, NL., México.

DICCIONARIOS

Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, Ed. Espasa Calpe, S. A., Madrid, 2003.

DOCUMENTOS INTERNACIONALES

Decisión del Consejo Conjunto establecido conforme al Acuerdo de Asociación Económica, Concertación Política y Cooperación entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y los Estados Unidos Mexicanos, por otra.

Decisión del Consejo Conjunto del Acuerdo Interno Sobre Comercio y Cuestiones relacionadas con el comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y la Comunidad Europea.

Declaración Solemne entre el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea, por una parte, y los Estados Unidos Mexicanos, por la otra parte, D. O. L. 356/97, Conocido como el Acuerdo Interino.

Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se rige la solución de controversias de la OMC.

OECD Codes of Liberalisation of Capital Movements and of Current Invisible Operations: User's Guide, 2003.

Opinion of the Economic and Social Committee on relations between the European Union and Mexico (Second Additional Opinion). CES 1459/95.

Texto Oficial del Acuerdo de Asociación Económica, Concertación Política y Cooperación entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y los Estados Unidos Mexicanos, por otra, D. O. L. 350/97, Conocido como el Acuerdo Global.

RECURSOS ELECTRÓNICOS

www.comfin.com.mx/comunicados/ixe/05/jn/CEMEX.pdf

www.consortioara.com.mx

www.consorcio medico.com.mx

<http://www.bancomext.com/Bancomext/aplicaciones/noticias/muestraNoticia.jsp?id noticia=1136>

<http://www.cordis.lu/finance/src/jev.htm>

www.economia.gob.mx

www.economia_scci.gob.mx/Negociaci_n/Uni_n_Europea/.../datos_b_sicos.ht

<http://europa.eu.int/abc-es.htm>

http://europa.eu.int/comm/europeaid/projects/al-invest/results_es.cfm

http://europa.eu.int/comm/europeaid/projects/al-invest/index_es.htm

www.juridicas.unam.mx

<http://www.terra.com.mx/noticias/articulo/072389>

www.unctad.org/sp/sphome.htm

www.wto.org/

LEGISLACIÓN

Código de Comercio

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Ley Agraria

Ley de Comercio Exterior

Ley Federal de Telecomunicaciones

Ley de Inversión Extranjera

OTROS DOCUMENTOS

Alianzas Estratégicas: Un enfoque estratégico y legal: Textos y ejercicios, BANCOMEXT, México, 2001.

Estadísticas del Comercio Internacional, Organización Mundial del Comercio, 2004.

Examen de las Políticas Comerciales, Organización Mundial del Comercio, Ginebra, 2002.

Informe Anual 2004, Organización Mundial del Comercio.

Informe sobre el Comercio Mundial, Organización Mundial del Comercio, 2004.

Programa de Comercio Exterior y Promoción de la Inversión 2001-2006 Por la inserción competitiva de las empresas mexicanas en el nuevo orden económico mundial. Plan Nacional de Desarrollo 2001-2006, México, 2002.