



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO

DERECHO APLICABLE Y MEDIOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL CONTRATO DE *JOINT VENTURE* INTERNACIONAL. UN ESTUDIO COMPARADO DE LOS DERECHOS MEXICANO Y PARAGUAYO

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:
MAESTRO EN DERECHO
P R E S E N T A
VÍCTOR PEDRO DOMINGO VIDAL SOLER

*ESTA TESIS CORRESPONDE A LOS ESTUDIOS REALIZADOS CON UNA BECA OTORGADA
POR LA SECRETARÍA DE RELACIONES EXTERIORES DEL GOBIERNO DE MÉXICO*



DIRECTORA DE TESIS:
MTRA. WENDY GODÍNEZ MÉNDEZ

MÉXICO, D.F.

2009



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.



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.

DEDICATORIA

A mi amada esposa Adriana, sostén y faro de mi vida; y a nuestras hijas Amélie y Violeta, fuentes inagotables de alegría y adoración.

A mis padres y hermanas, por todo el cariño y el apoyo de siempre.

A todos los valiosos y entrañables amigos, mexicanos y paraguayos, a quienes conocí en estos dos años de inolvidable estancia en tierras aztecas.

ABREVIATURAS Y SIGLAS UTILIZADAS

C. de Com.:	Código de Comercio mexicano
CCF:	Código Civil Federal mexicano
CCI:	Centro de Comercio Internacional
CCP:	Código Civil paraguayo
CFC:	Comisión Federal de Competencia
CIDIP:	Conferencias Especializadas Interamericanas de Derecho Internacional Privado
DCE:	Derecho de la competencia económica
DIPr:	Derecho internacional privado
DOF:	Diario Oficial de la Federación
IED:	Inversión Extranjera Directa
LFCE:	Ley Federal de Competencia Económica
LGSM:	Ley General de Sociedades Mercantiles
LIE:	Ley de Inversión Extranjera
MASC:	Medios alternativos de solución de controversias
SA de CV:	Sociedad Anónima de Capital Variable
SA:	Sociedad Anónima
SCI:	Sociedad de Capital e Industria
SRL:	Sociedad de Responsabilidad Limitada
TDCI:	Tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo
UNCITRAL:	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
UNIDROIT:	Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
---------------------	---

CAPÍTULO 1. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL

1.1 LA FIGURA DEL <i>JOINT VENTURE</i>	6
1.1.1 Definición	7
1.1.2 Naturaleza jurídica	10
1.1.3 Características	14
1.2 TIPOS DE <i>JOINT VENTURES</i>	19
1.2.1 Según el medio utilizado para su ejecución	20
1.2.2 Según la posición del <i>joint venture</i> respecto de las partes	22
1.2.3 Según el sector del desarrollo de las actividades	23
1.2.4 Según se presenten o no elementos extranjeros	24
1.3 DIFERENCIAS DEL <i>JOINT VENTURE</i> CON FIGURAS AFINES	
24	
1.3.1 Con los contratos de colaboración empresarial	
25	
1.3.2 Con la asociación en participación	26
1.3.3 Con la fusión de empresas	
28	

CAPÍTULO 2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL CONTRATO DE *JOINT VENTURE*

2.1 ORIGEN Y EVOLUCIÓN EN LOS SISTEMAS DEL <i>COMMON LAW</i>	30
2.1.1 Antecedentes en el derecho escocés e inglés. Características de la <i>partnership</i>	30
2.1.2 Orígenes del <i>joint venture</i> en el derecho estadounidense	32
2.2 LA DIFUSIÓN DEL <i>JOINT VENTURE</i> EN EL ÁMBITO DE LOS NEGOCIOS INTERNACIONALES	36

CAPÍTULO 3. EL MARCO JURÍDICO DEL CONTRATO DE *JOINT VENTURE* EN LOS DERECHOS MEXICANO Y PARAGUAYO

3.1 EL CONTRATO DE <i>JOINT VENTURE</i> Y LA CUESTIÓN DE LA TIPICIDAD. IMPLICANCIAS JURÍDICAS	39
3.1.1 Los fundamentos teóricos de la atipicidad contractual	40
3.1.2 El <i>joint venture</i> como contrato atípico en el derecho mexicano	43
3.1.3 El <i>joint venture</i> como contrato típico de inversión en el derecho paraguayo (contrato de riesgo compartido)	48
3.2 EL TRATAMIENTO DE LOS CONTRATOS CIVILES Y LOS CONTRATOS MERCANTILES	51
3.2.1 ¿Es siempre el <i>joint venture</i> un contrato de naturaleza mercantil?	54
3.2.2 El derecho mexicano: Tratamiento de los contratos por el Código Civil Federal y por el Código de Comercio	56
3.2.3 La unificación de las obligaciones civiles y mercantiles en el derecho paraguayo	60
3.3 EL RÉGIMEN SOCIETARIO	62
3.3.1 La sociedad como herramienta para el cumplimiento del objeto contractual en el <i>joint venture</i> societario	62
3.3.2 El régimen societario mexicano	64
3.3.3 El régimen societario paraguayo	73
3.4 EL RÉGIMEN DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA	79
3.4.1 Conceptos generales. Vinculación del tema con el contrato de <i>joint venture</i>	79
3.4.2 El <i>joint venture</i> bajo el derecho de la competencia económica en México	84
3.4.3 El proyecto de Ley de Defensa de la Competencia en Paraguay	89

CAPÍTULO 4. DERECHO APLICABLE Y MEDIOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL CONTRATO DE JOINT VENTURE INTERNACIONAL

4.1 LA INTERNACIONALIDAD DEL CONTRATO DE <i>JOINT VENTURE</i>	91
4.1.1 La contratación internacional frente a la globalización	91
4.1.2 El derecho aplicable al contrato de <i>joint venture</i> internacional	
100	
4.1.2.1 Consideraciones previas	100
4.1.2.2 Derecho aplicable al contrato de <i>joint venture</i> internacional según el sistema de derecho internacional privado mexicano	
105	
4.1.2.3 Derecho aplicable al contrato de <i>joint venture</i> internacional según el sistema de derecho internacional privado paraguayo	115
4.2 LOS MEDIOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL CONTRATO DE <i>JOINT VENTURE</i> INTERNACIONAL	
124	
4.2.1 Una introducción general a los medios de solución de controversias	
124	
4.2.2 El arbitraje como medio preferente de solución de controversias en el contrato de <i>joint venture</i> internacional: El ejemplo de los Acuerdos Modelo de Joint Venture del Centro de Comercio Internacional	128
4.2.3 La regulación del arbitraje comercial internacional en México y Paraguay	136
CONCLUSIONES	147
FUENTES	152

ABREVIATURAS Y SIGLAS UTILIZADAS

C. de Com.:	Código de Comercio mexicano
CCF:	Código Civil Federal mexicano
CCI:	Centro de Comercio Internacional
CCP:	Código Civil paraguayo
CFC:	Comisión Federal de Competencia
CIDIP:	Conferencias Especializadas Interamericanas de Derecho Internacional Privado
DCE:	Derecho de la competencia económica
DIPr:	Derecho internacional privado
DOF:	Diario Oficial de la Federación
IED:	Inversión Extranjera Directa
LFCE:	Ley Federal de Competencia Económica
LGSM:	Ley General de Sociedades Mercantiles
LIE:	Ley de Inversión Extranjera
MASC:	Medios alternativos de solución de controversias
SA de CV:	Sociedad Anónima de Capital Variable
SA:	Sociedad Anónima
SCI:	Sociedad de Capital e Industria
SRL:	Sociedad de Responsabilidad Limitada
TDCI:	Tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo
UNCITRAL:	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
UNIDROIT:	Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado

INTRODUCCIÓN

El jurista formado en el ámbito de la familia jurídica neorromanista y, en particular, en el área del derecho privado, ha visto cómo, en las últimas décadas, el clásico catálogo de las figuras contractuales típicas se le ha vuelto insuficiente para comprender la compleja dinámica del tráfico comercial internacional.

La explicación de dicho fenómeno escapa evidentemente de la esfera exclusiva del derecho, para situarse más bien en el campo de la economía. La llamada “globalización” —sobre la que tanta tinta ha corrido en el terreno de las ciencias sociales, durante los años recientes— ha implicado, sobre todo, una intensificación tal de los intercambios mundiales de bienes y servicios, que ya no existe economía cerrada que pueda resistirse, en mayor o menor medida, a su influencia. De hecho, a lo que está asistiendo la humanidad es, en esencia, a la formación de una gran economía de mercado que abarca todo el planeta, en un proceso no carente de profundas crisis sistémicas y agravaciones de la desigualdad social.

Dentro de ese contexto, la globalización ha significado para el derecho privado una presión por dinamizar sus conceptos y normas, a los efectos de acoger nuevas modalidades de relaciones jurídicas surgidas a partir de la práctica mercantil internacional. Así es que los contratos mercantiles denominados “modernos” fueron configurándose a través del uso y penetrando progresivamente en sistemas jurídicos para los que eran desconocidos; todo ello, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad en materia contractual, hoy admitido, con variaciones y matices, en casi todas partes.

La figura del *joint venture* es quizás uno de los mejores ejemplos de dicho fenómeno. A partir de su origen en la familia del derecho anglosajón, fue internacionalizándose mediante su uso en la actividad transfronteriza de las

grandes empresas multinacionales, que la consideraron como un mecanismo eficaz para compartir riesgos con contrapartes extranjeras o locales, en sus grandes proyectos de inversión a través del orbe.

Hoy en día, sin embargo, el contrato de *joint venture* ha escapado de la esfera exclusiva de los grandes actores de la economía privada mundial, para convertirse en un instrumento al servicio de micro, pequeñas y medianas empresas en su deseo por ganar nuevos mercados, mejorar su eficiencia, o incorporar tecnología de punta, todo ello a través del principio básico de la *colaboración*. Siguiendo fuentes autorizadas, podemos afirmar que el *joint venture* es actualmente una de las modalidades de contratación mercantil más requeridas por compañías de todo el mundo¹.

Ahora bien, el objeto específico de nuestro estudio es el contrato de *joint venture* internacional, aquél que ofrece puntos de conexión con más de un ordenamiento jurídico estatal. El interés que nos suscita obedece a dos motivos principales: 1) a que el mismo se constituye en una herramienta genuina para que las economías de los países de menor desarrollo relativo se beneficien con la radicación de inversiones extranjeras canalizadas en colaboración directa con agentes locales, ya sea a través de una relación meramente contractual (*joint venture* contractual) o de la constitución de una sociedad distinta como vehículo de ejecución del objeto del acuerdo (*joint venture* societario), redundando ello en la obtención de recursos y tecnología para el desarrollo de las economías nacionales; y 2) a que es además una modalidad propicia para materializar alianzas estratégicas entre actores económicos regionales (por ejemplo, latinoamericanos), lo que implicaría un incremento de los intercambios mercantiles

¹ En la Introducción de los *Acuerdos Modelo CCI de Joint Venture Contractual y Corporativo*, elaborados a instancias del Centro de Comercio Internacional, se menciona que, tras una encuesta llevada a cabo por dicha organización en 1998 sobre contratos de comercio, el 78,1% de las 245 organizaciones de promoción comercial de 125 países que respondieron al cuestionario, identificaron al *joint venture* entre los contratos más necesitados por las compañías, sólo por detrás de los contratos de compraventa (88,3%).

y de la complementación económica entre nuestros países —uno de los varios caminos conducentes hacia la tan anhelada integración continental.

Es por el segundo de los motivos esgrimidos que hemos escogido, para situar nuestro estudio comparado, a los ordenamientos jurídicos de México y Paraguay. Ambos países poseen notas en común que los acerca: pertenecen al ámbito latinoamericano; comparten una misma cultura jurídica (la tradición de la familia neorromanista); están inmersos en sendos esquemas de integración subregional (TLCAN y MERCOSUR, respectivamente); y son países en desarrollo con desafíos parecidos en términos socioeconómicos: principalmente, en cuanto a la necesidad de reducir los índices de pobreza, de distribuir más equitativamente la riqueza y de aprovechar sus principales recursos naturales de manera eficaz y sustentable, con el correspondiente resguardo de la soberanía y el bienestar nacional. Por otra parte, ofrecen también diferencias comparativas: México, con un territorio y una población mucho más grandes, y un mayor desarrollo industrial; Paraguay, con dimensiones reducidas, un escaso desarrollo industrial y una economía basada en la exportación de productos primarios. Finalmente, en lo que se refiere específicamente al tratamiento del *joint venture*, éste constituye un contrato atípico en el derecho mexicano, mientras que en Paraguay se encuentra regulado — aunque nada más en sus detalles fundamentales— por una ley especial relativa al fomento de las inversiones.

Para el desarrollo de la investigación, hemos partido de algunas teorías y aserciones doctrinarias que consideramos fundamentales en relación con el tema tratado, a saber: a) la consideración del *joint venture* como un contrato asociativo que no genera personalidad jurídica de manera directa y que reviste un carácter complejo; b) el principio de la autonomía de la voluntad en materia contractual, que permite la celebración de contratos atípicos y la libre configuración de los típicos, con los límites que suponen las normas imperativas; y c) el principio de la autonomía de la voluntad en materia conflictual, que permite a las partes escoger

el derecho aplicable al fondo del contrato, en particular cuando éste es de naturaleza internacional e incluye una cláusula arbitral.

La hipótesis principal que formularemos es la siguiente: Que tanto la elección del derecho aplicable a un contrato de *joint venture* internacional, así como el establecimiento del arbitraje como medio de solución de controversias, deben realizarse tomando en consideración los principios de orden público y las disposiciones imperativas de los ordenamientos estatales con los que el contrato ofrece vínculos estrechos.

El planteamiento de las ideas en el presente trabajo se dará en el orden que sigue a continuación. En el Capítulo 1, a través de la aplicación del método analítico, se hará una delimitación conceptual de la figura del *joint venture*: se contrastarán las diversas definiciones que se han dado en doctrina y se ofrecerá una propia, se precisará su naturaleza jurídica, se analizarán detalladamente sus caracteres y, finalmente, se hará una comparación con figuras similares.

En el Capítulo 2, se procederá a realizar, por medio de la aplicación del método histórico, un estudio de la evolución del contrato, indagando en el origen de sus términos, sus antecedentes en la *partnership* inglesa, y su desarrollo definitivo en el ámbito estadounidense. Además, se relatará el proceso de su difusión internacional como herramienta para la inversión extranjera.

Los dos últimos capítulos, que constituyen la parte medular de esta investigación, son el desarrollo del estudio propiamente de derecho comparado. En ellos, los ordenamientos jurídicos mexicano y paraguayo serán analizados en cuanto al marco regulatorio que ofrecen para el contrato de *joint venture*. Así, el Capítulo 3 se iniciará con un encuadre del mismo en el marco del derecho de los contratos en ambos países, para seguir con indagaciones comparativas sobre el tratamiento de las obligaciones civiles y mercantiles, sobre el régimen societario y,

por último, sobre las implicancias del *joint venture* para el derecho de la competencia económica.

En el Capítulo 4, finalmente, se dedicarán iguales esfuerzos a las cuestiones del derecho aplicable y de los medios de solución de controversias en el contrato de *joint venture* internacional. Se explorará la normativa, tanto de fuente interna como convencional, que regulan ambas materias en México y Paraguay, poniendo un énfasis importante en el aspecto de la tutela del orden público y las disposiciones imperativas.

Cabe mencionar que, en un sentido axiológico-jurídico, todo el trabajo estuvo orientado por una concepción del comercio internacional como herramienta para el desarrollo equitativo y sustentable de los diferentes pueblos del mundo. Consecuentemente, participamos de la idea de que, en su evolución, el derecho mercantil internacional debe estar igualmente encaminado hacia dicho fin, el cual no puede ser logrado mediante la simple garantía del libre cambio y el rechazo radical de todo tipo de intervención estatal, sino más bien ensayando una constante búsqueda de equilibrio entre los poderosos —y muchas veces avasalladores— intereses del mercado global y, por otro lado, los derechos de las partes débiles, la protección del ambiente y la viabilidad de las economías nacionales.

CAPÍTULO 1

DELIMITACIÓN CONCEPTUAL

1.1 LA FIGURA DEL *JOINT VENTURE*

¿Qué significa la expresión *joint venture*? La respuesta a esta pregunta puede llegar a ser bastante ambigua, por lo que habrá que atender al ámbito tanto geográfico, temporal como disciplinario en que se la emplee. Esto es así porque su uso ha ido mutando a través del tiempo desde su aparición en el mundo del comercio anglosajón, de donde por cierto es originaria, para luego ganar precisión jurídica a través de ciertos fallos de los tribunales estadounidenses, hasta irrumpir finalmente en el escenario del comercio internacional global, donde goza de un notorio auge desde las últimas décadas del siglo XX y comienzos del XXI.

En el habla comercial, por ejemplo, “la expresión *joint venture* es usada (...) para aludir a todo acuerdo empresario para la realización de un proyecto específico, con independencia de la forma jurídica que se adopte”². Si bien esta definición brinda algunos elementos para entender a la figura en su especificidad (por ejemplo, la “realización de un proyecto específico”), lo que nos interesa en este capítulo es analizar de qué modo la doctrina del *civil law* intenta describirla, teniendo en cuenta que en un gran número de ordenamientos que pertenecen a dicha familia jurídica, no se ha otorgado tipicidad a la misma, por lo que la labor teórica necesariamente debe valerse de una observación de los elementos

² LE PERA, Sergio, *Joint venture y sociedad*, Astrea, Buenos Aires, cuarta reimpresión, 2001, p. 83.

fácticos (en este caso, cómo se la utiliza en la práctica de la contratación internacional) y de un método comparativo con figuras análogas.

1.1.1 Definición

La expresión *joint venture*, jurídicamente entendida, tiene dos acepciones, estrechamente vinculadas entre sí:

- a.) Por un lado, recibe dicha denominación el **instrumento jurídico** a través del cual dos o más personas acuerdan constituir un *joint venture*. Estamos en este caso ante lo que se conoce como el *joint venture agreement*, en la doctrina anglosajona, y *contrato de base* o *contrato de joint venture*, en la doctrina latinoamericana. Podemos extender este significado más allá del instrumento en sí, para aplicarlo además a la **relación** contractual que surge del mismo, la que puede ser, por cierto, bastante compleja³.
- b.) Por otra parte, se identifica con los mismos términos a la **operación** que deriva del contrato, utilizándose en este caso la expresión “la *joint venture*”, que se aplica además a la **sociedad** creada como medio para la ejecución del acuerdo (la *sociedad conjunta*), en los casos en que así ocurra (*joint ventures societarios* o *corporativos*).

Como se podrá notar, dicha diferencia semántica en el uso de los términos puede provocar confusiones. Más aún si contemplamos el hecho de que ni siquiera en la doctrina tal distinción resulta muy clara, por no decir, a veces,

³ Afirma en este sentido DE LA MADRID ANDRADE que “... el concepto de *joint venture* no se reduce, tan sólo, a un contrato particular, sino que puede comprender un cúmulo de relaciones jurídicas vinculadas o conexas que, en conjunto, constituyen el *joint venture* mismo.” (DE LA MADRID ANDRADE, Mario, *El joint venture. Los negocios jurídicos relacionados*, Porrúa, México, 2005, p. XX).

inexistente⁴. No obstante, es nuestra intención aclarar que el principal objeto de estudio de la presente investigación es el *joint venture* en su primera acepción, esto es, el contrato o acuerdo base más la compleja relación jurídica naciente del mismo (más adelante precisaremos la particularidad del *joint venture* internacional).

En cuanto al problema de la definición, diversos intentos se han dado acerca de esta figura. ASTOLFI conceptúa el *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 el objetivo que satisfaga las motivaciones particulares de los contrayentes sino en el cumplimiento del mismo, cuya realización satisface contractualmente los intereses particulares de los co-venturers”⁵.

Por su parte, LE PERA —quien, por cierto, fue de los primeros autores latinoamericanos, junto con OLAVO BAPTISTA, en abordar el tema— no se arriesga a dar una definición, pero al tratar sus características nos dice: “Para que haya *joint venture* quienes en él participan deben efectuar una contribución al esfuerzo común. Esta contribución puede consistir en bienes, derechos o dinero, pero también en industria, o simplemente en el tiempo aplicado a la ejecución del proyecto. Estas contribuciones deben ser combinadas de tal manera que por ellas se cree una ‘comunidad de intereses’”⁶.

SIERRALTA RÍOS, luego de pasar revista a un gran número de definiciones, tanto de la doctrina anglosajona como latinoamericana, propone una definición

⁴ Uno de los autores que la advierte con claridad es SIERRALTA RÍOS, para quien “La forma en que una operación internacional se articula y el contrato mismo que le da origen han propiciado con frecuencia que se confunda el instrumento jurídico con la operación que se deriva del contrato o las modalidades de éste, por ello es que indistintamente se enuncia el *joint venture*, cuando nos referimos a la expresión contractual, o la *joint venture*, cuando queremos identificar la operación.” (SIERRALTA RÍOS, Aníbal, *Joint venture internacional*, Depalma, Buenos Aires, 1996, p. 41).

⁵ ASTOLFI, Andrea, *El contrato internacional de joint venture*, Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, Cuadernos N° 2, Depalma, Buenos Aires, 1981, p.695.

⁶ LE PERA, *Joint venture y sociedad*, ob. cit., pp. 74-75.

propia: “El *joint venture* es la relación contractual de dos o más personas naturales o morales que sin perder su propia identidad y autonomía, se vinculan con el objeto de realizar una actividad económica determinada, pudiendo aportar a tales propósitos activos tangibles o intangibles que deberán ser explotados únicamente en miras al objeto específico del contrato y en un lapso determinado previamente o limitado al cumplimiento de tal objeto”⁷.

En un sentido muy similar, GHERSI conceptúa el contrato de *joint venture* como “(...) 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 limitado, con la finalidad de obtención de beneficios económicos”⁸.

Por último, DE LA MADRID ANDRADE (autor de uno de los textos más recientes sobre el tema) entiende que “(...) el *joint venture* es un contrato por el cual, dos o más personas físicas o jurídicas acuerdan emprender una actividad determinada, de manera conjunta, a través de los medios que también definen, para lo cual se obligan a efectuar contribuciones de diversa naturaleza, con la pretensión de alcanzar un beneficio común y, salvo pacto en contrario, participar en las pérdidas, con la posibilidad, para ambas partes, de ejercer la gestión y el control de la referida actividad o de una parte de ella”⁹.

Es importante señalar al respecto de la búsqueda de una definición precisa de la figura, que dicha tarea reviste de ciertas dificultades, a saber: en primer lugar, que no se observa una práctica uniforme en el modo en que la misma fue

⁷ SIERRALTA RÍOS, *Joint venture internacional*, ob. cit., pp. 68-69.

⁸ GHERSI, Carlos Alberto, *Contratos civiles y comerciales. Partes general y especial. Empresas. Negocios. Consumidores*, Tomo 2, Astrea, Buenos Aires, quinta edición, 2002, pp. 63-64.

⁹ DE LA MADRID ANDRADE, *El joint venture...*, ob. cit., p. 17.

adaptada a los sistemas neorromanistas; en segundo lugar, que existen, como veremos, distintas formas de *joint ventures*, con sus particularidades; y, por último, que es una figura en pleno desarrollo, al cual, precisamente, coadyuvarán la continuidad de su uso en la práctica contractual nacional e internacional y el paralelo desarrollo doctrinario de la misma.

De todos modos, realizando un análisis comparativo de las distintas definiciones dadas, se desprenden elementos coincidentes, que nos sirven para proponer la siguiente definición (de la cual entresacaremos las características a ser analizadas en el párrafo 1.1.3):

El *joint venture* es (a.) una relación contractual (b.) de dos o más personas, físicas o jurídicas, nacionales o internacionales, que, (c.) sin perder su propia identidad y autonomía, (d.) se vinculan con el objeto de emprender, en conjunto, una actividad determinada, (e.) para lo cual se obligan a realizar, en proporción variable, aportes de diversas especies, tangibles e intangibles, y (f.) establecen los medios para el cumplimiento de los fines acordados, (g.) teniendo las partes el derecho a participar en la gestión y el control de las actividades, (h.) todo esto con la pretensión de alcanzar un beneficio común (i.) al cabo de un lapso determinado de tiempo.

1.1.2 Naturaleza jurídica

No caben dudas en la doctrina acerca de la *naturaleza contractual* de la figura del *joint venture*. Su propio origen, que se encuentra en la figura de la *partnership* del derecho anglosajón y de la cual constituye una variación, no se dio con el ánimo de formar una sociedad, a pesar de enfatizarse elementos como el *riesgo* y el *control*, preocupaciones frecuentes más bien en las organizaciones empresariales.

El *joint venture* es, en efecto, un acuerdo de voluntades con el propósito de conseguir en conjunto objetivos específicos, manteniendo la autonomía de los participantes, excluyéndose por ello la existencia de la *affectio societatis*.

Incluso, cuando son creadas sociedades para atender las necesidades del *joint venture* (las denominadas *joint venture corporations* o sociedades conjuntas), éstas son entendidas como medio y no como fin, debiendo ser consideradas como derivadas del contrato principal (el *joint venture agreement* o contrato de base).

Opina SIERRALTA RÍOS sobre el particular que: “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”¹⁰.

En un sentido similar, afirma LE PERA que “(...) el empleo del mecanismo corporativo y la emisión de acciones e implementación de un *joint venture* no extingue la subsistencia de éste”¹¹.

Una vez aclarada la naturaleza jurídica de la figura del *joint venture*, es preciso delimitarla aun más, investigando su clasificación dentro del universo de los contratos.

La figura se encuentra ubicada dentro del género de los *contratos de colaboración*, que son aquellos por virtud de los cuales una parte efectúa determinada actividad a favor de otra, o bien, ambas partes la realizan de manera recíproca, para lograr la finalidad pretendida, generalmente a cambio de una contraprestación, no necesariamente en dinero¹².

El *joint venture* pertenece además al grupo de los *contratos asociativos*, ubicados precisamente como una especie dentro de los contratos de colaboración. La característica de los contratos asociativos (que son, a su vez, *contratos de organización*), según FARINA, es que en ellos “(l)as partes, sin

¹⁰ SIERRALTA RÍOS, *Joint venture internacional*, ob. cit., p.53.

¹¹ LE PERA, *Joint venture y sociedad*, ob. cit., p. 79.

¹² Cfr. DE LA MADRID ANDRADE, *El joint venture...*, ob. cit., p. 18.

menoscabar sus intereses particulares, se vinculan jurídicamente con la finalidad de perseguir un objetivo común, mediante el cual los asociados tratan de satisfacer sus propios intereses particulares”¹³.

Resulta importante señalar que los contratos asociativos se dividen a su vez entre los que tienen como objeto generar personalidad jurídica y los que no, perteneciendo el *joint venture* al último grupo porque, como ya se ha señalado, el objetivo principal consiste en la colaboración en sí entre las partes, y no en el medio seleccionado para ella.

Para algunos autores, la figura se caracteriza también por ser un *contrato de empresa*¹⁴, debido a que se encuentra reservada exclusivamente para dicha clase de sujetos, sin posibilidad de participación para las personas físicas, individualmente consideradas.

Entendemos nosotros que en los casos en los que efectivamente los sujetos contratantes son empresas (que son la mayoría por cierto, al menos en la práctica mercantil internacional), el contrato adquiere dicha característica. Pero no sería este un rasgo absolutamente identificador, puesto que en las prácticas locales se dan numerosos casos de intervención de personas físicas individuales en los *joint ventures*, no pudiendo desconocerse doctrinariamente dicho fenómeno.

Con referencia a las características particulares de los sujetos, el *joint venture* es un *contrato intuitu personae*, pues su celebración se produce en atención a dichas cualidades propias de las partes.

Dice SIERRALTA RÍOS que: “El negocio nace por la voluntad de las partes y la relación entre ellas es tal que se busca que nadie más intervenga en él,

¹³ FARINA, Juan, *Contratos Comerciales Modernos*, Astrea, Buenos Aires, primera reimpresión de la segunda edición (1997), 1999, pp. 774.

¹⁴ *Vide infra*, 1.1.3, apartado b).

debido a que el propósito de una acción conjunta significa mutua confianza entre los sujetos en función de la especialización del negocio o la tecnología que aportan los contratantes”¹⁵.

Este aspecto reviste de cierta importancia, con consecuencias jurídicas, a saber: el *joint venture* no admite, en general, la variación de las partes; como, así también, es frecuente el pacto de que los herederos no entren en la gestión de los negocios y que en caso de muerte de uno de los contratantes el negocio se disuelva.

Esto nos lleva a analizar otro aspecto de la naturaleza contractual de la figura: su condición de *relación fiduciaria*. Precisamente por derivación del carácter *intuitu personae*, una relación de *joint venture* se sustenta en la confianza entre las partes, siendo el principio de *buena fe* rector del desarrollo de las actividades realizadas para el logro de los objetivos pactados. Esta naturaleza se desprende del propio origen de la figura, relacionada con la *partnership* anglosajona, en donde los *partners* se deben lealtad y cuidado en la realización del negocio.

En otro sentido, poniendo énfasis en el criterio temporal, el *joint venture* se encuadra dentro de los llamados *contratos de duración*, en donde las partes desean permanecer vinculadas en el tiempo, al margen de que las contribuciones pactadas se realicen en forma continua o periódicamente. Señala al respecto DE LA MADRID ANDRADE que: “Esta clase de nexos jurídicos no deben confundirse con las relaciones de tracto sucesivo, que son las que cumplen de momento a momento; éstas son una especie de los vínculos de duración, que constituyen el género”¹⁶.

¹⁵ SIERRALTA, *Joint venture internacional*, ob. cit., p. 77.

¹⁶ MADRID ANDRADE, *El joint venture...*, ob. cit., p. 21.

Por último, queda por señalar que el *joint venture* es, hasta el momento, en muchos de los ordenamientos jurídicos latinoamericanos, un *contrato atípico*, en el sentido de que no ha sido recogido expresamente en los cuerpos legales, careciendo de reglamentación específica. En otros casos (como el paraguay) el contrato es regulado por una ley especial, pero con una reglamentación muy somera. En general, se entiende que, por su naturaleza, las reglas que regirán una relación de *joint venture* emanan en su mayor parte del propio contrato, por lo que la autonomía de la voluntad juega allí un rol muy importante.

Ello no significa, no obstante, que contratos conexos al principal puedan consistir en figuras típicas, a las que habrá que prestar mucha atención, principalmente en lo que se refiere a las normas imperativas que las rijan. Lo dicho se aplica especialmente al *joint venture* societario, del cual necesariamente deriva un contrato de sociedad (a los efectos de constituir la sociedad conjunta), y que deberá atender al régimen societario vigente en el país elegido para el establecimiento de la nueva compañía.

1.1.3 Características

De la definición propuesta al final del párrafo 1.1.1, desglosaremos las características del *joint venture*, de tal modo a ir analizando cada una de ellas, en sus generalidades y particularidades:

a) *Naturaleza contractual*. Sobre este particular, nos remitimos a lo expuesto en el párrafo anterior (1.1.2).

b) *Pluralidad de sujetos*. En el *joint venture* participan dos o más personas, físicas o jurídicas, a las que suele denominarse con la voz inglesa *venturers*. Esto lo convierte, como hemos señalado, en un *contrato plurilateral*.

Algunos autores han pretendido limitar la figura a la participación exclusiva de personas jurídicas, concretamente de empresas, señalando incluso que ésta sería una característica esencial¹⁷. Esta postura se sostiene en la observación del hecho de que, generalmente, en el comercio internacional son sociedades (económicamente entendidas como empresas o compañías) las que se vinculan mediante esta figura, en razón de que la colaboración de las partes requiere de una estructura tal, que la misma resultaría imposible para una persona física, individualmente considerada. Sin embargo, en las prácticas locales se presentan casos en los que una o ambas partes no son precisamente compañías, por lo que, para una caracterización general, corresponde admitir la posibilidad de que tanto personas físicas como jurídicas pudieran vincularse mediante esta figura¹⁸.

c) *Participación con conservación de la identidad o individualidad.* Esta característica resulta esencial para identificar un contrato de *joint venture*, ya que, precisamente, la virtud de dicha figura, en el caso de las sociedades, consiste en que cada una mantiene su denominación e incluso su objeto particular, sin que la participación en el contrato implique una absorción en una nueva entidad. Esto es así incluso en los casos en que es creada una sociedad como medio para el cumplimiento del objeto del contrato (una sociedad conjunta), pues las sociedades contratantes no se fusionan para crear dicha nueva entidad, sino que mantienen su individualidad como personas jurídicas distintas.

d) *Objeto específico.* Un rasgo que caracterizó durante mucho tiempo a la figura estudiada es la existencia de un objeto o proyecto único. De hecho, es

¹⁷ MARTORELL es uno de los que señalan como elemento característico del *joint venture* "(...) la participación de empresas o compañías (no de particulares o personas físicas) en el emprendimiento". (MARTORELL, Ernesto Eduardo, *Tratado de los Contratos de Empresa*, Tomo III, Depalma, Buenos Aires, 1997, p. 238).

¹⁸ En este sentido, afirma GHERSI que "(...) los sujetos (...) que confluyen al *joint venture*, pueden también ser de la más diversa variedad: personas físicas, empresas nacionales e internacionales, sociedades con tipicidad o de hecho". (GHERSI, *Contratos civiles y comerciales...*, Tomo 2., p. 63).

la opinión que muchos autores siguen sosteniendo. LE PERA, por ejemplo, afirma que “es propio del *joint venture* estar destinado a un único proyecto”¹⁹. No obstante, en la práctica comercial internacional es cada vez más frecuente que el objeto de los *joint ventures* posea cierta amplitud, por lo que la singularidad ha dejado de ser un rasgo esencial. De todos modos, sí participamos de la idea de que el objeto, sea único o no, debe ser *específico*. En el contrato debe hacerse referencia a un objeto preciso, determinado, de tal modo a que haya seguridad para las partes con respecto a la actividad o actividades a ser desarrolladas²⁰.

e) *Contribución diversa*. Sobre este punto, existe unanimidad en la doctrina, ya que, efectivamente, es lo que también se observa en la práctica contractual. La contribución de las partes puede ser de la más variada gama: aporte de capital, transferencia de tecnología, recursos humanos, derecho sobre patentes o marcas, y todo bien o servicio que resulte necesario para el objetivo común²¹.

Un rasgo a destacar es que en el *joint venture* las aportaciones financieras se encuentran en un segundo plano en importancia con respecto a las aportaciones de tecnología y de habilidades gerenciales, debido a que estas últimas “son directamente funcionales para el propio objeto del contrato”²². La diversidad en la contribución se da también en el plano de las proporciones de participación, que pueden ser asimismo muy variadas, dándose casos de participaciones absolutamente simétricas y otras de una asimetría considerable.

¹⁹ LE PERA, *Joint venture y sociedad*, ob. cit., p. 74.

²⁰ En el mismo sentido, DE LA MADRID ANDRADE afirma que: “El objeto del *joint venture* debe ser específico (...) sin importar si es único o amplio”. (DE LA MADRID ANDRADE, *El joint venture*, ob. cit., p. 22).

²¹ Cfr. GHERSI, *Contratos civiles y comerciales...*, Tomo 2, ob. cit., pp. 62-63.

²² SIERRALTA RÍOS, *Joint venture internacional*, ob. cit., p. 56.

f) *Autonomía de elección de los medios de ejecución del contrato.* En el *joint venture* las partes acuerdan libremente cuáles serán los medios empleados para el cumplimiento del objeto común. Es por ello que resulta esencial realizar la distinción expuesta al inicio del presente capítulo, en el sentido de que una cosa es el contrato considerado en sí mismo y la relación que de él surge, y otra la operación que se deriva del mismo. Tal es así que dicha operación puede ser encomendada, como hemos visto, incluso a una persona jurídica distinta de los contratantes, creada *ad hoc*; por otra parte, se pueden destinar recursos de las propias personas vinculadas a realizar las operaciones pactadas, sin la creación de una nueva entidad, que es lo que caracteriza a los *joint ventures* contractuales.

g) *Gestión y control conjuntos.* En un contrato de *joint venture*, las partes tienen derecho a ejercer el control compartido del negocio. Coincidimos con LE PERA en que: “Tenga o no la facultad de administrar la operación y obligar a los copartícipes, un *joint venturer* debe tener alguna forma de control y dirección sobre el proyecto, aunque delegue el ejercicio de ese control en los demás partícipes”²³.

Esta característica se desprende asimismo del hecho de la responsabilidad personal ilimitada que asumen las partes en el emprendimiento conjunto, de lo que se colige que el control de las operaciones es un elemento fundamental para evitar que el error de una de las partes provoque la responsabilidad de todas frente a terceros. GHERSI, con un enfoque más realista, especifica que “(...) como el nivel de participación no es totalmente simétrico, no puede pretenderse uniformidad de representación; en la realidad, el manejo es llevado a cabo por empresas preponderantes (por su aporte a la realización)”²⁴. No obstante —al margen de compartir dicha apreciación— sostenemos que, aunque en la práctica las

²³ LE PERA, *Joint venture y sociedad*, ob. cit., p.76.

²⁴ GHERSI, *Contratos civiles y comerciales...*, Tomo 2, ob. cit., p. 63.

partes con aportaciones preponderantes asuman el rol de manejo de las operaciones, las demás partes, por más pequeño que fuera el aporte, conservan siempre la facultad de controlar el modo como la gestión se está llevando a cabo. Facultad ésta que puede ser ejercida en cualquier momento de la relación contractual.

h) *Expectativa de beneficio común*. El fin último para quienes acuerdan realizar un *joint venture*, es el de obtener un beneficio como producto de las operaciones desarrolladas. En ese sentido, es fundamental aclarar que, en este caso, la idea de beneficio se asimila a la de *rentabilidad efectiva* en sentido amplio, pudiendo ocurrir, por ejemplo, que una empresa no obtenga dividendos inmediatos, pero al término de la relación contractual justificó su participación por haber incorporado *know-how* de última generación a su esquema de producción, lo cual tiene evidentemente una valoración patrimonial para ella.

Es por las razones expuestas que se descarta que haya necesariamente un inmediato interés de lucro tras un *joint venture*, ocurriendo a veces que el verdadero valor del beneficio alcanzado sólo se aprecia en función del costo que representaría el intentar conseguirlo por otros medios, además del tiempo y el riesgo que significaría²⁵.

i) *Duración determinada*. No hay coincidencia en la doctrina acerca de la esencialidad esta característica. Dice DE LA MADRID ANDRADE que, con respecto al plazo en el *joint venture*, “hay quienes reconocen la posibilidad de que su duración sea indefinida”²⁶. Sin embargo, la mayoría de los autores coinciden en la postura de que, estando el plazo vinculado a la característica del *objeto específico*, aquél se determina en el contrato y se lo limita al logro del referido objetivo común. De lo dicho se desprende que no

²⁵ Cfr. DE LA MADRID ANDRADE, *El joint venture...*, ob. cit., pp. 36-37.

²⁶ Cfr. *Ibidem*, p. 24.

necesariamente debe haber instantaneidad en el cumplimiento del objeto (de hecho, muchas veces implica emprendimientos duraderos como, por ejemplo, la construcción de una carretera o una represa), pero sí una limitación en cuanto a la duración del vínculo contractual, que se relaciona con el cumplimiento del objeto común. De todos modos, cabe admitir que en la práctica, principalmente en algunos casos de *joint ventures* societarios, no existe una duración expresamente determinada.

1.2 TIPOS DE *JOINT VENTURES*

No hay una coincidencia plena en la doctrina latinoamericana acerca de la metodología a seguir para clasificar a las distintas modalidades de *joint ventures*. Entendemos que esto se debe a que las primeras clasificaciones fueron realizadas por autores anglosajones, quienes, en atención a la observación de las prácticas locales (Estados Unidos e Inglaterra principalmente), tomaron en cuenta elementos que, a su vez, podrían diferir al momento de observar los *joint ventures* implementados en regiones diferentes.

Aun así, existen muchos conceptos de la doctrina anglosajona (por ejemplo, el de *joint venture corporation*) que, más allá de las traducciones con que van siendo adoptados en otros ámbitos, son igualmente utilizados con frecuencia para designar determinadas formas de operarse la figura en cuestión.

En consecuencia, desarrollaremos seguidamente una tipología en base a los criterios que nos parecen más relevantes, ya sea por su utilidad metodológica, por su reiterado uso en la práctica internacional del *joint venture*, como también por ser compartidos por buena parte de la doctrina latinoamericana especializada.

1.2.1 Según el medio utilizado para su ejecución

El criterio de distinción de los *joint ventures* en virtud del medio o instrumento que emplean las partes para ejecutar el contrato, es sin duda el más importante y el más utilizado tanto en la práctica como en la doctrina²⁷.

Desde esta perspectiva, cabe distinguir básicamente entre: a) El *joint venture* contractual; y b) El *joint venture* societario o corporativo (conocido también por su denominación inglesa: *corporate joint venture*). Es importante señalar que ambos comparten una característica común: se estructuran mediante un *contrato o acuerdo de base (joint venture agreement)* que es el que constituye propiamente el *contrato de joint venture*, en su sentido estricto.

No obstante, las diferencias en el modo de ejecutar el objeto son notorias. El *joint venture contractual* opera manteniendo la relación jurídica en el plano exclusivamente convencional. Se lo identifica como una asociación de intereses en la que se comparten los recursos pero no se forma un ente dotado de personalidad jurídica. La principal función del contrato de base es, en este caso, determinar los objetivos comunes de las partes y las aportaciones de cada una de ellas; por su parte, en lo relativo a la ejecución del objeto, se configuran en torno al centro de organización que representa el contrato de base, uno o varios *contratos satélites o derivados*, que, como observan CABANELLAS DE LAS CUEVAS y KELLY, se tratarán "(...) generalmente de contratos de cambio, que forman parte de una operación más compleja que involucra a las partes (...) "²⁸. Así es que, el carácter colaborativo de la relación está dado no por los aspectos

²⁷ Coinciden en esta afirmación tanto DE LA MADRID ANDRADE como SIERRALTA RÍOS (Cfr. DE LA MADRID ANDRADE, *El joint venture...*, ob. cit., p. 55 y SIERRALTA RÍOS, *Joint venture internacional*, ob. cit., p. 96).

²⁸ CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo y Julio Alberto KELLY, *Contratos de colaboración empresaria. Agrupaciones de colaboración, uniones transitorias de empresas y joint ventures*, Heliasta, Buenos Aires, 1987, p. 118. Los autores mencionan, como ejemplos frecuentes de estos contratos de cambio derivados del *joint venture*, a: los contratos de licencia; de transferencia de tecnología; locaciones de cosas, obras o servicios; contratos mineros; y contratos de compraventa, entre otros. Cabría aquí agregar al contrato de franquicia, de gran uso en la actualidad, así como a los tipos de contratos de distribución mercantil.

particulares que la componen (que pueden ser observados individualmente como simples relaciones de cambio), sino por el objetivo común que se persigue y para lo cual se combinan esfuerzos en función de las aptitudes propias de cada contratante²⁹.

En contrapartida, el *joint venture societario* está caracterizado por el hecho de que las partes acuerdan llevar a cabo las actividades del contrato a través de una persona jurídica distinta: una sociedad. Ésta puede ser una sociedad ya previamente constituida o, lo que es más frecuente, una sociedad a constituirse por medio de un contrato societario derivado del acuerdo de base; en ambos casos, se la suele designar como “la *joint venture*” o, sencillamente, la *sociedad conjunta*³⁰. En cuanto a la modalidad elegida para constituir la sociedad conjunta, ello dependerá del régimen jurídico del lugar de constitución y de las necesidades específicas de la operación.

Resulta fundamental precisar que los *venturers*, que generalmente son a su vez sociedades, mantienen intacta su individualidad a través de esta operación, en donde la sociedad conjunta es sólo un *medio* para el cumplimiento del objeto contractual y no un fin en sí misma. Las disposiciones contenidas en el contrato de base mantienen su vigencia paralelamente a la constitución de la sociedad conjunta, en calidad de acuerdos parasociales; situación que, no obstante, plantea algunas interrogantes referidas a su eficacia³¹.

²⁹ MARZORATI utiliza el concepto de *affectio cooperationis* (en defecto de la *affectio societatis*, ausente en el *joint venture*) para designar dicho fenómeno, que él ubica como en “un nuevo estadio” entre las relaciones de cambio y las propiamente societarias. (Cfr. MARZORATI, Osvaldo J., *Alianzas estratégicas y joint ventures*, Astrea, Buenos Aires, 1996, pp. 136-145).

³⁰ Para una referencia monográfica sobre las sociedades conjuntas, cfr. MIQUEL RODRÍGUEZ, Jorge, *La sociedad conjunta (joint venture corporation)*, Civitas, Madrid, 1998.

³¹ *Vide infra*, 3.3.2, *in fine*.

1.2.2 Según la posición del *joint venture* respecto de las partes

Esta clasificación se basa “en la acción del *joint venture* y la intención de las partes respecto a la competencia en el mercado”³². Aunque pareciera que su importancia se reduce a consideraciones netamente económicas, es sin embargo fundamental para una disciplina jurídica específica: el derecho de la competencia económica. Como se verá más adelante, el encuadre en una u otra clasificación puede determinar la posibilidad de existencia de prácticas monopólicas absolutas o relativas, de acuerdo con ciertas legislaciones³³.

De acuerdo con este criterio, se distinguen tres tipos de *joint ventures*: a) El *joint venture* horizontal; b) El *joint venture* vertical; y c) El *joint venture* conglomerado.

Se habla de *joint venture horizontal* cuando las partes están ubicadas en el mismo eslabón de una cadena productiva, al interior de un determinado mercado; esto indica que los *venturers* son competidores naturales entre sí. Lo que se busca generalmente en estos casos es una concentración sectorial de recursos, a los efectos de aumentar la eficiencia y los márgenes de rentabilidad.

El *joint venture vertical*, por su parte, se constituye entre agentes económicos colocados en diferentes fases de la cadena productiva. En esta hipótesis, las empresas mantienen sus labores independientes pero establecen una alianza estratégica hacia un eslabón superior o inferior de la cadena. Un buen ejemplo de esta modalidad se da cuando un fabricante y un distribuidor acuerdan participar en común de los beneficios de la venta final del producto que manejan, para lo cual celebran además un pacto de exclusiva.

³² SIERRALTA RÍOS, *Joint venture internacional*, ob. cit., p. 102.

³³ *Vide infra*, 3.4.

Finalmente, se habla de *joint venture conglomerado* cuando éste es destinado a desarrollar actividades en áreas no correlacionadas con el campo de trabajo habitual de las partes³⁴.

1.2.3 Según el sector del desarrollo de las actividades

Este criterio ofrece numerosas posibilidades de clasificación. Como se deduce de lo ya expuesto, el *joint venture* puede ser utilizado para emprendimientos que abarcan una amplia gama de sectores. No obstante, conviene mencionar aquellos en los que es frecuente la utilización de la figura a nivel internacional.

En ese sentido, COLAIACOVO menciona cinco sectores: investigación y desarrollo; exploración de recursos minerales; ingeniería y construcción; compraventa; y servicios³⁵. A éstos habría que agregar los *joint ventures* de distribución comercial, de producción automotriz, de industria pesquera, de producción farmacéutica, entre varios otros.

Algunos de estos sectores podrían ser pasibles de regulación específica en determinados países. Así por ejemplo, los *joint ventures* de investigación y desarrollo deberán atender a la legislación sobre patentes y transferencia de tecnología que le pudiera ser aplicable; en igual forma, los *joint ventures* de ingeniería y construcción, que generalmente se refieren a emprendimientos públicos, deberán enmarcarse dentro lo que se disponga sobre dicha materia en el Estado de ejecución de la obra.

³⁴ Cfr. SIERRALTA RÍOS, *Joint venture internacional*, ob. cit., p. 102.

³⁵ Cfr. COLAIACOVO, Juan Luis *et al.*, *Joint ventures y otras formas de cooperación empresarial internacional*, Macchi, Buenos Aires, 1992, p. 81.

1.2.4 Según se presenten o no elementos extranjeros

Si el contrato de *joint venture* es celebrado por personas físicas o sociedades que comparten el mismo lugar de residencia habitual o establecimiento, y su ejecución está prevista en el territorio del mismo Estado en el que residen o están establecidas, entonces se trata de un *joint venture nacional* o *local*. En cambio, si el contrato ofrece puntos de conexión con más de un ordenamiento jurídico, se configura un *joint venture internacional*.

En un *joint venture* nacional no existe ningún conflicto de leyes y la relación que de él se deriva se regirá por las reglas convenidas en el contrato y por el derecho del Estado donde éste se ejecuta.

En cuanto al *joint venture* internacional, por su parte, el “elemento extranjero” puede consistir en la residencia habitual o establecimiento de una de las partes, como también en el lugar de ejecución del contrato. De hecho, suele ocurrir que dos o más empresas establecidas en un mismo país celebren un *joint venture* para desarrollar actividades en un Estado extranjero. No obstante, el caso más común de *joint venture* internacional se da cuando una sociedad extranjera se alía con una sociedad local (o incluso con el Estado, o con una empresa estatal) para ejecutar sus actividades en el territorio de ésta última. En el *joint venture* internacional se suscita el problema del derecho aplicable, que será tratado como uno de los temas principales de esta investigación.

1.3 DIFERENCIAS DEL JOINT VENTURE CON FIGURAS AFINES

Para culminar con la delimitación conceptual del contrato de *joint venture*, resulta necesario compararlo y distinguirlo de algunas otras figuras afines con las que se ha pretendido asimilarlo, tanto por parte de sectores de la doctrina jurídica, como también en ámbitos externos al derecho, como la economía y la administración.

1.3.1 Con los contratos de colaboración empresarial

La diversidad de formas que adopta en la actualidad la colaboración entre empresas, fruto de las exigencias del comercio interno e internacional, ha hecho que, bajo la denominación de *contratos de colaboración empresarial*, se intente agrupar a todo tipo de figuras jurídicas que sirven de herramientas para dicho fin.

En ese sentido, con un criterio muy amplio, la colaboración empresarial puede referirse a relaciones que van desde simples contratos de cambio entre empresas independientes, como la compraventa de insumos para una fábrica, por ejemplo, hasta formas complejas de integración societaria, como las adquisiciones y las fusiones. Sin embargo, dicha laxitud en la expresión no estaría señalando ninguna característica particular, más que todas esas relaciones se instrumentan mediante contratos³⁶.

Por otra parte, en algunos ordenamientos jurídicos, como el argentino³⁷, se asigna dicha denominación a determinadas figuras específicas que, en todo caso, adquieren la configuración establecida por la ley.

En resumen, sea cual fuere la amplitud del sentido dado a la expresión “contratos de colaboración empresarial”, el detalle en común que puede entresacarse es que los mismos no constituyen un tipo único y específico de modalidad contractual, sino más bien un género. Así, el contrato de *joint venture*, con sus características definidas tanto por el uso mercantil como por alguna

³⁶ Cfr. CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo y Julio Alberto KELLY, *Contratos de colaboración empresarial...*, ob. cit., pp. 3-7. Señalan los autores que: “Así entendida la colaboración empresarial en un sentido amplio, todos los contratos son susceptibles de llevarla a cabo y la expresión contratos de colaboración empresarial no agregaría nada a la de contratos a secas” (p. 4).

³⁷ La Ley 19.550 de Sociedades Comerciales dedica un capítulo (el III) a los “contratos de la colaboración empresarial”. Allí se incluyen a las agrupaciones de colaboración y a las uniones transitorias de empresas.

regulación estatal —esto último, en los casos que así fuere—, constituye una *especie* dentro del género de los contratos de colaboración empresarial³⁸.

Algo similar ocurre con las llamadas *alianzas estratégicas*, dentro de las cuales cabría colocar, según algunas opiniones, al *joint venture*, aunque junto con un gran número de otras operaciones, como las adquisiciones de control o los consorcios, por citar ejemplos. En este caso, el término “alianza estratégica” proviene directamente del campo de la economía y la administración, por lo que el criterio de su uso está determinado muchas veces por factores no-jurídicos, lo que explica en cierta manera la imprecisión de su aplicación en el área del derecho.

1.3.2 Con la asociación en participación

Señala SIERRALTA RÍOS que: “Se ha trastocado con frecuencia el *joint venture* (...) con la asociación en participación. (...) Pero las diferencias saltan a la vista”³⁹.

En efecto, la asociación en participación es una figura contractual que está regulada en varios de los ordenamientos jurídicos latinoamericanos, como es el caso de México⁴⁰. La misma se distingue por estar compuesta por un asociante y uno o varios asociados; el asociante actúa en nombre propio, quedando los asociados “ocultos” en cuanto a la gestión de la empresa o negocio, de los cuales ni siquiera son responsables ante terceros⁴¹. Como otro detalle importante, la asociación en participación carece de personalidad jurídica.

³⁸ Así lo afirma también MARZORATI, quien describe cómo “(e)l debate se centró desde hace tiempo en la relación entre *joint venture* y ‘cooperación empresaria’, concluyéndose que la relación que los une es la de especie a género”. (MARZORATI, *Alianzas estratégicas y joint ventures*, ob. cit., p. 3).

³⁹ SIERRALTA RÍOS, *El joint venture internacional*, ob. cit., p. 81.

⁴⁰ La asociación en participación, en México, está regulada en el Capítulo XIII de la Ley General de Sociedades Mercantiles (LGSM).

⁴¹ Cfr. el artículo 256 de la LGSM, que establece que: “El asociante obra en nombre propio y no habrá relación jurídica entre los terceros y los asociados”.

De ese modo, se pueden encontrar algunas semejanzas entre esta figura y el *joint venture*, que provoquen confusión. En primer lugar, ambos contratos implican un objeto común para el cual las partes aportan recursos. Por otro lado, ambas relaciones envuelven generalmente una participación tanto en las utilidades como en las pérdidas derivadas de la operación convenida. Finalmente, ninguna de las dos implica como rasgo característico el establecimiento de una persona moral distinta de los contratantes.

No obstante, son a su vez muy claras las diferencias: En el *joint venture* no existen socios ocultos; todas las partes se obligan, en mayor o menor medida, a responder por las obligaciones extracontractuales que pudieran derivarse de la operación. En efecto, como ya se ha expuesto, hay una gestión y control conjuntos en el *joint venture*, que hace que todos los *venturers* se vean directamente implicados con la ejecución el objeto, algo que no ocurre con los socios ocultos en la asociación en participación. Además, como consecuencia de lo anterior, es posible hablar, en el caso del *joint venture*, de una “empresa conjunta”, en sentido económico, por el involucramiento común de las partes en el negocio, el cual puede significar incluso la creación de una sociedad conjunta como vehículo de la operación⁴².

Por último, cabe destacar un aspecto importante: El contrato de asociación en participación implica siempre una finalidad lucrativa (los asociados aportan recursos en función de su expectativa sobre la utilidad directa que pudieran obtener). En el *joint venture*, sin embargo, es posible que las partes no tengan una expectativa de lucro, sino que su cooperación esté motivada por los resultados beneficiosos mediatos que la operación significará para cada una de

⁴² Sobre este último punto, ARCE GARGOLLO sostiene que el *joint venture* “(e)n la mayoría de los casos, no es un contrato de *asociación en participación*, pues el contrato de *joint venture* pretende la realización de una empresa conjunta o la creación de una nueva sociedad que la asociación en participación no genera”. Sostenemos nosotros que, de hecho, en ningún caso se puede asimilar al *joint venture* a la asociación en participación, aunque aquél pueda contener rasgos de ésta. (Cfr. ARCE GARGOLLO, Javier, *Contratos mercantiles atípicos*, Porrúa, México, decimosegunda edición, 2007, p. 432).

ellas, como ocurre, por ejemplo, en los *joint ventures* de investigación y desarrollo.

1.3.3 Con la fusión de empresas

La fusión de empresas (que en el ámbito anglosajón recibe la denominación de *merger*) ha sido definida como “la disolución sin liquidación de al menos una o más empresas, con transmisión universal de sus respectivos patrimonios sociales a una sociedad de nueva creación, o a una ya existente”⁴³.

En efecto, la doctrina internacional reconoce en esencia dos tipos de fusiones, cuya denominación puede variar, pero que representan en la práctica los mismos fenómenos: a) la *fusión por absorción*, en la que una sociedad (la “absorbente”) mantiene su denominación, pero incorpora los activos y pasivos de otra u otras, que se disuelven y pasan a formar parte de aquélla, a cambio de un canje de participación en la misma (acciones, en el caso de las sociedades de capital); y b) la *fusión por creación*, en la que todas las sociedades que intervienen en el acuerdo se disuelven, trasladando sus patrimonios íntegramente a una nueva sociedad creada como fruto de la fusión.

La diferencia de esta operación con el contrato de *joint venture* societario — que es con el que pudiere suscitarse alguna confusión— se sostiene en un elemento fundamental: En éste, las sociedades que actúan como *venturers* mantienen siempre su individualidad, siendo esto incluso un rasgo característico y definitorio de la figura. De hecho, una de las motivaciones que tiene una empresa para recurrir al *joint venture* es que éste permite articular un proceso complejo de cooperación empresarial, pero siempre preservando la independencia de cada parte.

⁴³ RECALDE D'ANDREA, Sergio, *Derecho y negocios*, La Ley, Asunción, 2004, p. 33.

Así, cuando se impone la necesidad de recurrir a una persona distinta de los contratantes para ejecutar el acuerdo (una sociedad conjunta), ésta no surgirá por el mecanismo de fusión —que, en todo caso, se encuentra específicamente regulado en mayor o menor medida en casi todos los ordenamientos jurídicos— sino a través de dos posibles vías: la creación de una sociedad nueva, de acuerdo a los mecanismos que correspondan, en la que los socios serán precisamente los *venturers*, en una proporción a establecer en virtud del contrato; o bien, la adquisición de control de una sociedad ya previamente constituida, de la cual los *venturers* pasarán a formar parte como nuevos socios. De ese modo, bajo ningún aspecto, la personalidad jurídica de los contratantes se verá afectada ni disuelta.

CAPÍTULO 2

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL CONTRATO DE *JOINT VENTURE*

2.1 ORIGEN Y EVOLUCIÓN EN LOS SISTEMAS DEL *COMMON LAW*

2.1.1 Antecedentes en el derecho escocés e inglés. Características de la *partnership*

Etimológicamente, el término *joint venture* deriva de la expresión inglesa *joint adventure* (“aventura conjunta” o “negocio conjunto”), cuyo antecedente remoto de utilización se encuentra en el ámbito del derecho escocés del siglo XIX, en donde la figura era concebida como “una *partnership* limitada, confinada a un negocio, especulación, operación comercial o viaje, en la cual los socios, ya sean ocultos o conocidos, no utilizan una denominación social y no incurren en ninguna responsabilidad más allá de los límites de la operación”⁴⁴.

Por el contrario, la expresión no existía en el ámbito del derecho inglés tradicional, cuyo régimen societario se desarrolló a partir de dos instituciones particulares: la *partnership* y la *corporation* (denominada en aquel entonces *joint stock company*). Nos detendremos a continuación a examinar las características

⁴⁴ BELL, George Joseph, *Principles of the Law of Scotland*, The Clark Law Bookseller, Edinburgo, 4ª edición, 1839, p. 146, citado por: OLAVO BAPTISTA, Luis y Pascal DURAND-BARTHEZ, *Les associations d'entreprises (Joint Ventures) dans le commerce international*, FEDUCI – LGDJ, París, 1986, p. 6: “A joint venture (...) is a limited partnership, confined to a particular adventure, speculation, course of trade, or voyage, and in which the partners, either latent or known, use no firm or social name, and incur no responsibility beyond the limits of the adventure”.

de la primera, por su utilidad para la comprensión del desarrollo de la figura del *joint venture*.

La palabra *partnership*, del infinitivo inglés “to part” —esto es, en español, “partir o compartir”— designa “la relación que existe entre dos o más personas que realizan un negocio en común, y la de éstos con terceros”⁴⁵. Es una forma muy antigua de relación jurídica a la que la jurisprudencia fue afinando las reglas, en particular durante los siglos XVIII y XIX, hasta que en 1890 se sancionó un conjunto codificado de las mismas, bajo la denominación de *Partnership Act*.

A partir de allí, el régimen jurídico de la *partnership* vino a descansar sobre tres principios rectores: a) Cada socio o *partner* es responsable de manera ilimitada y solidaria por las deudas y obligaciones de la *partnership*; b) Cada *partner* se constituye en mandatario de los demás para efectuar los negocios que caben normalmente dentro del objeto de la *partnership*; y c) Los *partners* se deben entre sí la máxima buena fe (“uberrima fides”), acorde con el derecho igualitario de control y de participación en la gestión, aun en el caso de la existencia de socios ocultos, denominados *sleeping partners*⁴⁶.

Cabe señalar, además, que la *partnership* es entendida como una “relación” y no como un contrato, ya que no se exige ninguna forma para probar la existencia del acuerdo, pudiéndose incluso deducirlo de un comportamiento. Implica además la reunión de dos o más personas, las cuales pueden ser personas físicas o morales.

No sería sin embargo en el seno del derecho inglés que surgiría la figura del *joint venture* tal cual la conocemos hoy. Durante mucho tiempo se mantuvo vigente el adagio según el cual “una sociedad que no es una *corporation* ni una

⁴⁵ LE PERA, *Joint venture y sociedad*, ob. cit., p. 29.

⁴⁶ Cfr. OLAVO BAPTISTA y DURAND-BARTHEZ, *Les associations d'entreprises...*, ob. cit., pp. 4-5.

partnership es desconocida en derecho”, por lo que no hubo lugar hasta épocas recientes para la consolidación de una tercera institución como el *joint venture*.

A pesar de ello, la comprensión del desarrollo del derecho societario inglés, y en particular de la figura de la *partnership*, sirve como antecedente para comprender el salto que se daría en el derecho estadounidense y que permitiría el nacimiento del *joint venture* como tal.

2.1.2 Orígenes del *joint venture* en el derecho estadounidense

Al momento de declarar su independencia de la metrópolis, los distintos estados de la naciente Unión Americana mantuvieron la herencia del *common law* como orden jurídico privado. Lo mismo ocurrió con la mayoría de los que se incorporaron más tarde. Si bien se reconoce una influencia histórica de los derechos holandés y francés respectivamente, la misma fue diluyéndose en el curso de la historia del derecho estadounidense ante la prevalencia del *common law*.

Es así que la institución inglesa de la *partnership* se consolidó en la práctica comercial estadounidense, aunque con un tratamiento legal y jurisprudencial que fue creando notas distintivas con respecto a la misma institución en el derecho inglés.

El nacimiento del *joint venture* está relacionado con el desarrollo de las prácticas comerciales durante la segunda mitad del siglo XIX y ciertas trabas jurídicas en aquel entonces existentes. En efecto, las *corporations* (asimilables a las sociedades por acciones de los ordenamientos pertenecientes a la familia neorromanista) constituían todavía una figura novedosa, que había sido creada por un premeditado acto del Estado en su afán de alentar el desarrollo comercial e industrial, pero sujeta a su vez a numerosas restricciones. Se limitaba en particular la capacidad de la *corporation*, cuyo objeto debía estar previamente

autorizado y cuyos administradores poseían facultades restringidas a los actos necesarios para lograr dicho fin.

Así, al surgir la cuestión acerca de si una *corporation* podía participar de una *partnership* (cabe recordar, como se señala más arriba, que las personas morales normalmente podían desempeñarse como *partners*), la respuesta judicial resultó negativa. Esto se debió a que como la *corporation* tenía la obligación de actuar exclusivamente a través de directores o representantes autorizados —no pudiendo ningún otro socio como tal obligarla—, en consecuencia, si la misma integrara una *partnership*, podría resultar obligada por cualquier otro miembro de tal asociación, a través de lo que se denomina en doctrina actuación *ultra vires*.

Si bien, como resultado del proceso de expansión industrial, la formación de las *corporations* se convirtió en moneda corriente y forzó a una flexibilización legislativa, que se concretaría en la *Uniform Partnership Act* de 1914 (que permitió explícitamente que las *corporations* participen en una *partnership*), no obstante durante varias décadas los jueces se vieron obligados a encontrar algún camino ingenioso que permitiera a las *corporations* concretar acuerdos similares a una *partnership*.

De ese modo, para evitar la aplicación de la restricción de la citada doctrina *ultra vires*, los tribunales recurrieron a una distinción lingüística: “dado que una *partnership* entre *corporations* no era permitida, cuando ella aparecía se la debía llamar *joint adventure*”⁴⁷.

Es por eso que algunos autores, como ASTOLFI, afirman que los orígenes del *joint venture* reconducen “a felices intuiciones de la jurisprudencia

⁴⁷ LE PERA, *Joint venture y sociedad*, ob. cit., p. 68. El autor cita como sustento de tal afirmación el fallo en el caso “Mc. Daniel v. State Fair of Texas”, 1926, 268 S. W. 513.

estadounidense de la segunda mitad del siglo XIX⁴⁸. Es importante no obstante señalar que los tribunales no hicieron sino reconocer una realidad contractual que venía ocurriendo, e incluso la configuración dada por la jurisprudencia a la figura nunca llegó a adquirir plena claridad, por lo que se puede sostener que ha sido la práctica mercantil la que más bien ha permitido distinguir los elementos de que se compone un contrato de *joint venture* y que lo diferencia de otras figuras.

En resumen, como señala TAUBMAN: “Estados Unidos ha asimilado la experiencia francesa, ha tomado prestado el nombre de Escocia, y ha generado su propia organización de negocios a la que ha denominado *joint venture* o *joint adventure*”⁴⁹.

Ahora bien, en cuanto a la evolución de la figura en el derecho estadounidense, la misma tuvo gran repercusión en la primera mitad del siglo XX, en virtud de su flexibilidad y del régimen fiscal que la favoreció. A pesar de su similitud con la *partnership*, con la cual se relaciona en origen, fue presentando caracteres diferenciales que la volvieron atractiva para los negocios y que conviene recordar a continuación.

La primera diferencia, ya expuesta, entre la *partnership* y el *joint venture* tiene que ver con la naturaleza de las partes, pues durante mucho tiempo se mantuvo la prohibición de que las *corporations* integren *partnerships*, pudiendo sin embargo conformar *joint ventures*, lo cual tiene relación con el impulso original de la figura.

Una segunda diferencia radica en el poder de los socios, más restringido en el *joint venture* que en la *partnership*. Así, en ésta última se presume que cada

⁴⁸ ASTOLFI, *El contrato internacional de joint venture*, ob. cit., p. 3.

⁴⁹ OLAVO BAPTISTA y DURAND-BARTHEZ, *Les associations d'entreprises...*, ob. cit., p. 8, citando a TAUBMAN, Joseph, *The Joint Venture and Tax classification*, New York, Federal Legal Publications, 1957, p. 81.

socio (*partner*) es agente de la sociedad, con poder de obligarla mediante sus actos. En el *joint venture* estadounidense, por el contrario, la delegación de poderes a uno o más de los *venturers* debe ser explícita y es, en general, limitada.

En tercer lugar, el modo de repartir beneficios y pérdidas es distinto. El principio según el cual la participación común en los beneficios entraña automáticamente la repartición común de las pérdidas es aplicable a la *partnership*, pero no así al *joint venture*, en el cual la intención de afrontar solidariamente las pérdidas no es presumida, sino que debe ser explícita.

Por otra parte, un importante elemento que también diferencia a ambas figuras en el derecho estadounidense es el aspecto procesal. En la *partnership*, un socio que quiere accionar contra los otros, ya sea por motivos del control de la gestión o para reclamar una restitución de sus bienes, dispone solamente de una *action in equity*, que se aproxima a una acción por responsabilidad civil en nuestros sistemas jurídicos de tradición neorromanista. En contraposición, en el *joint venture*, además de ese tipo de acción, los socios pueden alegar el incumplimiento del contrato y accionar en consecuencia. Esta distinción se debe a que, como ya se señaló, la *partnership* es entendida como una “relación” y no como un contrato, mientras que el *joint venture* implica, como condición “sine qua non” para su existencia, que haya un contrato entre las partes.

Como última particularidad diferencial, se puede señalar el elemento del objeto. Frecuentemente, la jurisprudencia estadounidense ha encontrado en el carácter limitado del objeto del *joint venture*, la característica distintiva de la institución. Si bien en la *partnership* también se da a menudo una limitación en cuanto al objeto de la relación, no sería sin embargo una condición característica de la misma⁵⁰.

⁵⁰ Cfr. OLAVO BAPTISTA y DURAND-BARTHEZ, *Les associations d'entreprises...*, ob. cit., pp. 11-14.

2.2 LA DIFUSIÓN DEL *JOINT VENTURE* EN EL ÁMBITO DE LOS NEGOCIOS INTERNACIONALES

La ductilidad que presentaba la figura del *joint venture* en el derecho estadounidense y las facilidades para su constitución, acompañadas del incremento en el uso de la institución dentro de las fronteras, impulsó finalmente su progresiva implementación en el ámbito de los negocios internacionales.

Según señalan OLAVO BAPTISTA y DURAND-BARTHEZ, fue por medio de las industrias petroleras y mineras que se operó la internacionalización de los *joint ventures*⁵¹. Los abogados de las grandes sociedades petroleras y mineras estadounidenses, ya familiarizados con dicha forma asociativa, no tuvieron más que aplicar la experiencia previa esta vez al campo internacional.

Así, utilizado al comienzo por las compañías estadounidenses entre ellas, como estructura de cooperación para sus proyectos en el extranjero, el *joint venture* fue luego incorporándose de manera progresiva a las relaciones entre las sociedades estadounidenses y los inversores o gobiernos locales.

De esta manera, se distinguirían dos etapas en el proceso de internacionalización de este tipo de contrato:

- a. Una primera etapa, en la cual son los países industrializados los que, siguiendo el ejemplo de las compañías estadounidenses, empiezan a utilizar la figura motivados por la posibilidad de concentrar coordinadamente inversiones de gran envergadura.
- b. Una etapa posterior, producto de la anterior, durante la cual los países de menor desarrollo relativo se percatan de la posibilidad de aprovechar la necesidad de las grandes empresas transnacionales de

⁵¹ Cfr. OLAVO BAPTISTA y DURAND-BARTHEZ, *Les associations d'entreprises...*, ob. cit., p. 17.

asomarse a nuevos mercados, incentivando la atracción de inversión extranjera directa (IED) a través de los *joint ventures*, los cuales son considerados instrumentos de política económica del gobierno local.

Efectivamente, como plantea ASTOLFI, en los países denominados “en vías de desarrollo”, los *joint ventures* constituyen, en algunos casos, no sólo un instrumento de cooperación industrial para realizar finalidades económicas de creciente importancia, sino, además, una forma de regular las inversiones extranjeras. Se intenta de dicho modo favorecer la participación local en la gestión del negocio, como también garantizar la coherencia de las inversiones con los planes de desarrollo nacional⁵².

El contrato de *joint venture* internacional llegó a adquirir una importancia tal para la planificación económica de los países, que durante las décadas de 1960 y 1970 incluso varios Estados socialistas europeos lo adoptaron estratégicamente, entre ellos la antigua Yugoslavia, Polonia y Rumania.

China empezó a permitir su uso desde 1979, cuando comenzó el proceso de apertura hacia Occidente, admitiendo la concreción de sociedades de *joint venture* entre chinos y extranjeros. Hoy en día sigue siendo una figura importante en el marco del extraordinario crecimiento de la inversión extranjera en dicho país. Otro país socialista asiático, Vietnam, permite la conformación de *joint ventures* desde fines de 1988.

En el continente americano, los convenios de integración que se han sucedido a partir de las últimas décadas del siglo XX han permitido y hasta alentado la conformación de *joint ventures*. Si bien los casos particulares de México y Paraguay, serán estudiados en los próximos capítulos, nos interesa aquí señalar que se plantean interrogantes fundamentales acerca de la utilización de la figura en estudio como método de alentar la IED en nuestros

⁵² Cfr. ASTOLFI, *El contrato internacional de joint venture*, ob. cit., p. 15.

países, principalmente vinculadas a la necesidad de que la radicación de inversiones sea acorde a planes de desarrollo económico nacional y regional; que permita paralelamente el crecimiento de las empresas locales, la transferencia de tecnología y *know-how* a las mismas; como también, por supuesto, que se precautelen los intereses sociales y ambientales envueltos en proyectos de inversión de gran envergadura, que son comúnmente los que deciden adoptar la figura del *joint venture* para ejecutar el respectivo negocio.

Como se ha visto en el presente capítulo, el *joint venture* ha seguido un largo periplo, desde la aparición del término en Escocia, pasando por su configuración decisiva en Estados Unidos —por vía contractual, con impulso jurisprudencial— para llegar al proceso de difusión mundial que provoca que hoy en día se haga imperioso el estudio de los contratos de *joint venture* internacional. Es por eso que los países latinoamericanos no pueden, y efectivamente no lo han hecho, mantenerse cerrados a la utilización de dicha figura, por más extraña que parezca a sus sistemas jurídicos.

No obstante, la situación como países de menor desarrollo relativo debe propiciar un enfoque propio y original del fenómeno, desechándose la pretensión de un mero calco del modelo anglosajón y conllevando a la reflexión acerca de qué tipo de regulación normativa, y en qué medida, es la deseable. Todo esto de tal modo a lograr un justo equilibrio entre el estímulo a la inversión y el aseguramiento de los fines de la misma vinculados al desarrollo.

CAPÍTULO 3

EL MARCO JURÍDICO DEL CONTRATO DE *JOINT VENTURE* EN LOS DERECHOS MEXICANO Y PARAGUAYO

3.1 EL CONTRATO DE *JOINT VENTURE* Y LA CUESTIÓN DE LA TIPICIDAD. IMPLICANCIAS JURÍDICAS

De orígenes eminentemente consuetudinario y jurisprudencial, tal como lo hemos señalado en los capítulos anteriores, el contrato de *joint venture* ha venido configurándose, tras su inserción en distintos sistemas jurídicos y ámbitos comerciales, por fuera de marcos legales que lo regulen de manera específica⁵³, particularmente en el caso de América Latina, en donde, cuando alguna regulación existe, la misma se reduce a escasos detalles.

Dicha inserción ha sido posible debido al principio de la libertad contractual, reconocido en prácticamente todos los códigos civiles latinoamericanos, el cual permite a las partes celebrar un negocio jurídico que no se encuadre dentro de los tipos contractuales establecidos por el legislador, siempre y cuando no se violen disposiciones de orden público. Es este el origen de los llamados *contratos atípicos* o *contratos innominados*⁵⁴. Conviene realizar a continuación un repaso sobre los presupuestos teóricos que sustentan su existencia.

⁵³ Una excepción importante a esta fenómeno se dio en los países del bloque socialista durante la existencia de la URSS, en los cuales fueron formulándose, principalmente a partir de la década de 1970, numerosas leyes que regulaban la inversión extranjera bajo la modalidad de *joint venture*. Ejemplos subsistentes hoy en día de la regulación del *joint venture* en ordenamientos jurídicos de la familia socialista son Cuba, Vietnam y China.

⁵⁴ La denominación de “innominado” o “atípico” dependerá de que en la clasificación se ponga énfasis sobre la particularidad de si la Ley asigna o no un nombre específico al contrato, o si le asigna una estructura-tipo. La doctrina contemporánea se inclina más hacia lo segundo. Así,

3.1.1 Los fundamentos teóricos de la atipicidad contractual

La corriente codificadora liberal del siglo XIX —impulsada por la sanción del célebre Código Civil francés de 1804, de enorme influencia en los nacientes Estados de América Latina— levantó como una de sus principales banderas la primacía del principio de la autonomía de la voluntad en el derecho privado. De ese modo, se consideró a toda intervención estatal que no fuera estrictamente necesaria para velar por el cumplimiento de los principios esenciales de orden público, como indeseable y perniciosa.

Específicamente en la materia que nos ocupa, la autonomía de la voluntad implicó que las partes pudieran reglar libremente sus relaciones recíprocas a través de los contratos. Se entendió que éstos son obligatorios porque son queridos: esto es, se consideró a la voluntad individual como poder jurígeno.

Sin embargo, la transformación de las condiciones socioeconómicas y políticas en el mundo provocó la aparición de fenómenos jurídicos modernos que recortaron la esfera de la libertad contractual: por un lado, la posibilidad de la intervención de los jueces en la vida de los contratos a través de figuras como la *teoría de la imprevisión* y la *lesión*; y, por otra parte, de manera principal en nuestros días, la proliferación de los llamados *contratos por adhesión*, figuras contractuales en las que la supuesta igualdad entre las partes queda avasallada en los hechos, puesto que una de ellas fija las condiciones de antemano y la otra no tiene más posibilidad que aceptarlas o rechazarlas⁵⁵. En resumen, lo que se busca con esto es la intervención tuitiva del Estado para intentar restablecer una

GHERSI sostiene que: “La tradición jurídica ha impuesto nombre a los contratos; sin embargo, pensamos que esta forma de agrupación ha pasado a segundo plano, pues es preferible hablar de ‘estructuras tipos’” (GHERSI, *Contratos civiles y comerciales. Partes general y especial. Empresas. Negocios. Consumidores*, Tomo 1, Astrea, Buenos Aires, sexta edición actualizada y ampliada, 2006, p. 303).

⁵⁵ Esto último, en particular lo referente a las llamadas “cláusulas abusivas” en los contratos de adhesión, es actualmente uno de los temas principales de una novedosa disciplina jurídica en auge, la del denominado *derecho del consumidor*.

igualdad entre las partes, ya que los hechos de la vida contemporánea han demostrado la falencia del principio de la autonomía de la voluntad en numerosos casos en los que existe un fuerte y un débil en el contrato, y sobre todo un abuso por parte del primero para con el segundo.

Aun así, en términos amplios y con las excepciones que corresponden, la libertad contractual sigue siendo un principio general en materia de transacciones civiles y comerciales, de modo que los códigos y los instrumentos internacionales de derecho privado lo siguen sosteniendo. Para el interés de nuestro estudio, la relación de dicho principio con el tópico de la tipicidad contractual es directa.

En efecto, la regulación de determinados contratos por la Ley —los de mayor frecuencia e importancia— generalmente no es realizada con el ánimo de restringir la libertad contractual de las partes⁵⁶, sino de establecer normas supletorias en caso de silencio del instrumento. Como lo expresa BORDA, “(...) el propósito del legislador no es sustituir la voluntad de las partes por la de la ley; simplemente, desea evitar conflictos para el caso de que las partes no hayan previsto ciertas situaciones o consecuencias del contrato, lo que es muy frecuente”⁵⁷.

Fue de ese modo que prácticamente todos los llamados “contratos modernos”, fruto de los procesos de transformación económica global, pudieron encontrar la justificación jurídica de su existencia: esto es, ya no a la espera de una atención especial por parte del legislador, sino precisamente de la mano del principio de la autonomía de la voluntad aplicado a los contratos.

⁵⁶ Se excluye de dicha afirmación, obviamente, a los contratos afectados por el llamado *dirigismo contractual*; fenómeno propio del Estado social, en el que éste reglamenta minuciosamente determinados tipos contractuales por razones de interés público. El ejemplo clásico es el del contrato de trabajo.

⁵⁷ BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Obligaciones*. Tomo II, Perrot, Buenos Aires, octava edición, 1998, p. 124.

A través de la práctica en el mundo de los negocios, a pequeña o gran escala, estas modalidades fueron ganando paulatinamente incluso una denominación uniforme, ya no solo caracteres bien definidos. Nacen así: el contrato de agencia, de franquicia, de transferencia de tecnología, de suministro, por citar sólo algunos. Entre ellos se encuentra el contrato de *joint venture*.

Este fenómeno de estructuración consuetudinaria de los contratos modernos ha llevado a un sector de la doctrina a distinguir entre *tipicidad legislativa* y *tipicidad social*⁵⁸. La primera consiste en la regulación del tipo contractual por parte del legislador, ya sea esto en una ley general (código civil, comercial u otro) como también en una ley especial⁵⁹. La segunda, por su parte, se da cuando por el uso social se va precisando y definiendo una determinada forma contractual.

A fin de cuentas, la importancia práctica de toda esta distinción teórica tiene que ver con el mayor alcance del arbitrio judicial a la hora de apreciar un contrato atípico, puesto que no hay normas específicas que lo regulen.⁶⁰ En el caso de los contratos típicos, por el contrario, existe todo un conjunto de normas supletorias establecidas en caso de silencio del contrato. No obstante, cada sistema jurídico en particular suele establecer las reglas que el juez observará a la hora de juzgar un contrato atípico.

⁵⁸ Así PUIG BRUTAU, citado por BORDA (*Tratado de derecho civil. Obligaciones*. Tomo II, ob. cit., p. 125). En contra, GHERSI, quien sostiene que "(...) el concepto de tipicidad está ligado a la *ordenación normativa* únicamente, lo que no imposibilita el surgimiento de nuevas situaciones que la costumbre afiance y luego el legislador convierta en tipicidad" (GHERSI, *Contratos civiles y comerciales...*, Tomo 1, ob. cit., p. 438).

⁵⁹ Como es el caso de algunos contratos modernos que han sido introducidos por leyes específicas. Un buen ejemplo es el contrato de arrendamiento financiero o *leasing*, que se encuentra regulado en los ordenamientos jurídicos mexicano y paraguayo. En México, por la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares de Crédito (Última reforma publicada: DOF 20-08-2008); y en Paraguay, por la Ley N° 1295/98 "De Locación, Arrendamiento o Leasing Financiero y Mercantil". Será también el caso del contrato de *joint venture* en Paraguay, como se verá más adelante (*Vide infra* 3.1.3).

⁶⁰ Cfr. BORDA, *Tratado de derecho civil. Obligaciones*. Tomo II, ob. cit., p.126.

3.1.2 El *joint venture* como contrato atípico en el derecho mexicano

El contrato de *joint venture* no se encuentra regulado por el derecho mexicano, razón por la cual su naturaleza jurídica en dicho ordenamiento es la de un contrato atípico. Ahora bien, examinaremos a continuación cuáles son los presupuestos básicos de la libertad contractual en el derecho mexicano, como así también sus límites, de manera a determinar finalmente el marco aplicable a los contratos atípicos.

El Código Civil Federal (en adelante, CCF) establece en su artículo 1796 que: “Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, excepto aquellos que deben revestir una forma establecida por la ley (...)”. De manera concordante, el artículo 1832 dispone que: “En los contratos civiles cada uno se obliga en la manera y los 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”. En consecuencia, para que un contrato exista se requiere solamente del consentimiento de las partes intervinientes en su perfeccionamiento, más el cumplimiento de determinadas formalidades, en el caso de que la ley así lo requiera (por lo que, *a contrario sensu*, no se requiere en general de ninguna formalidad en el caso de los contratos atípicos).

Así también, por otra parte, es requisito que el objeto pueda ser materia del contrato⁶¹, esto es, que la cosa o hecho sobre el cual recae la obligación contraída sea: posible y determinable, en el caso de la primera⁶²; y tanto posible como lícito, en el caso del segundo⁶³. Además, el fin o motivo determinante de la voluntad de los que contratan no debe ser contrario a las leyes de orden público ni a las buenas costumbres⁶⁴. Con respecto a esto último, el CCF en sus

⁶¹ Artículo 1794, fracción II, CCF.

⁶² Artículo 1825, CCF.

⁶³ Artículo 1827, CCF.

⁶⁴ Artículo 1831, CCF.

disposiciones preliminares, concretamente en el artículo 6º, declara de manera general que: “La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley ni alterarla o modificarla (...)”.

En lo que respecta a los contratos atípicos en particular, el CCF se refiere expresamente a ellos en su artículo 1858:

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

Se establece así el orden de prelación de reglas aplicables a los contratos atípicos por parte del juez. En primer lugar, *las reglas generales de los contratos*, que se encuentran contempladas en el primer capítulo del Libro Cuarto del CCF, y que contienen, en general, disposiciones de orden público que no pueden dejar de ser observadas por los contratantes, como las relativas al objeto del contrato, ya descritas.

Seguidamente, se deberá atender a *las estipulaciones de las partes*. En verdad, es ésta la esencia de la actividad contractual: esto es, la regulación de sus derechos y obligaciones por parte de los sujetos intervinientes a través del instrumento privado llamado contrato. Evidentemente, serán estas estipulaciones la fuente más rica para el juzgador a la hora de resolver un litigio emanado de un contrato. A fin de cuentas, es en el contenido de las propias cláusulas del contrato, donde se encontrarán los elementos que definirán la relación jurídica surgida. Claro está que, como ya lo hemos señalado, dichas cláusulas no podrán contener disposiciones contrarias a normas de orden público ni a las buenas costumbres.

Por último, establece el citado artículo que en aquellos puntos en los que las estipulaciones entre las partes fueren omisas, se regirá el contrato atípico por *las*

disposiciones del contrato con el que tengan más analogía. Sobre este punto, cabe destacar que el tema, desde el punto de vista de las técnicas de integración e interpretación de los contratos, no es sencillo, ya que muchas veces el contrato atípico guarda similitudes con más de un contrato típico o, de acuerdo a la aplicación específica de aquél, los puntos de semejanza pueden alternativamente fortalecerse o debilitarse. Sostiene al respecto ARCE GARGOLLO que “[l]a aplicación de normas supletorias al contrato atípico debe buscarse en los principios y *normas generales* que regulan las obligaciones, más que en los contratos típicos específicos”⁶⁵.

La cuestión no resulta menor a la hora de estudiarla a la luz del caso de un contrato de *joint venture*. Como se señaló en un capítulo anterior⁶⁶, una de las principales motivaciones de las personas que optan por recurrir a esta modalidad contractual, es evitar la rigidez de las figuras típicas tradicionales. Pero además, y lo que es más importante aun, el fenómeno del *joint venture* tiene la particularidad de abarcar una relación compleja en donde muchas veces suele confundirse al *contrato de base* con los *contratos derivados* o *satélites*. Así, un *joint venture* puede contemplar, además del contrato que lo constituye, otros tantos que sean, a modo de ejemplo, de suministro, de distribución, de transferencia de tecnología e incluso de sociedad (en el caso de un *joint venture* societario), respectivamente. En consecuencia, nos encontramos en ese caso ante lo que la doctrina suele denominar *contratos coligados*⁶⁷.

Lo importante es, en ese caso, distinguir que por “contrato de *joint venture*”, en sentido estricto, deberá entenderse al instrumento que sirve de marco para toda la relación, esto es, el contrato de base; el cual, a fin de cuentas, es el que hace a la esencia misma de la figura: la de establecer los medios jurídicos y

⁶⁵ ARCE GARGOLLO, Javier, *Contratos mercantiles atípicos*, ob. cit., p. 147. (Las cursivas son del autor).

⁶⁶ *Vide supra* 1.1.2.

⁶⁷ Cfr. ARCE GARGOLLO, Javier, *Contratos mercantiles atípicos*, ob. cit., p. 149-152.

económicos (cualesquiera fueren) para obtener un fin en común compartiendo los riesgos.

Un sector de la doctrina mexicana calificó al contrato de *joint venture* como contrato de sociedad en sentido genérico⁶⁸, por lo que guardaría cierta analogía con el contrato de sociedad civil (regulado por el CCF) e incluso, en su caso, con el contrato de sociedad en nombre colectivo (regulado por la Ley General de Sociedades Mercantiles; en adelante, “LGSM”), con la diferencia de que en el *joint venture* no se genera personalidad jurídica.

Sobre el punto, coincidimos con ARCE GARGOLLO en que, en el derecho mexicano, el *joint venture* constituye un contrato *sui generis*⁶⁹, esto es, que además de ser atípico tiene características particulares que lo diferencian marcadamente de cualquiera de las figuras típicas.

No podría ser un contrato de sociedad, dado que existe una ausencia de la denominada *affectio societatis*⁷⁰. Incluso admitiendo que en el CCF o en la LGSM pudiera haberse incluido un concepto genérico de sociedad, como existe en algunos derechos europeos, la cuestión queda en todo caso en el campo de la política jurídica para su discusión. Lo cierto es que el contrato de sociedad regulado en el CCF implica necesariamente la creación de una persona moral con razón social⁷¹, algo contrario a la naturaleza del *joint venture*, el cual puede en todo caso (en su modalidad societaria) valerse de la creación de una persona moral distinta de los contratantes como herramienta para el cumplimiento de sus

⁶⁸ Así, DE LA MADRID ANDRADE, quien de hecho sostiene la tesis de que el *joint venture* es “una sociedad mercantil sin personalidad jurídica” (DE LA MADRID ANDRADE, Mario, *El joint venture. Los negocios jurídicos relacionados*, ob. cit., p. 205). La tesis es ampliada por el mismo autor en el artículo “El *joint venture* como sociedad”, en ADAME GODDARD, Jorge (coord.), *Derecho civil y romano. Culturas y sistemas jurídicos comparados*, IIJ-UNAM, México, Serie Doctrina Jurídica, N° 290, 2006, pp. 81-93.

⁶⁹ Cfr. ARCE GARGOLLO, Javier, *Contratos mercantiles atípicos*, op. cit., p. 433. No obstante, el autor sostiene que en ciertos casos el *joint venture* puede asumir la forma de un contrato de *asociación en participación* y, en otros, puede asimilarse a un *contrato de promesa*.

⁷⁰ Cfr. SIERRALTA RÍOS, Aníbal, *Joint venture internacional*, ob. cit., p. 85.

⁷¹ Artículo 1693, CCF: “El contrato de sociedad debe contener: (...) II. La razón social.”.

fines, a través de un contrato derivado, pero no como consecuencia directa del contrato de base. Por otra parte, si intentáramos encontrar un parangón con alguno de los tipos de sociedades mercantiles regulados en la LGSM, la tarea resulta aun más complicada, ya que dicha ley optó por el sistema de *numerus clausus* para su catálogo societario: esto significa que su enumeración es limitativa y excluyente⁷², por lo que su interpretación no deja lugar a dudas.

Sin embargo, con esto no queremos decir que no se pueda recurrir al criterio de la analogía para encontrar reglas aplicables al contrato de *joint venture*. Si bien la relación estará principalmente regida por lo establecido en el propio instrumento privado, sus omisiones podrían llenarse recurriendo a determinadas normas que rigen contratos típicos; sólo que la búsqueda de la analogía deberá hacerse para cada caso en particular, ya que lo imposible es establecer *a priori* un tipo al cual se asemeje de manera genérica el *joint venture*.

Así, podrá encontrarse por ejemplo que en algunos casos habrá elementos del *contrato de promesa*, cuando los contratantes se hayan comprometido en el contrato de base a celebrar otros determinados contratos (como el de la constitución de una sociedad, por ejemplo); o bien incluso elementos del *contrato de sociedad*, principalmente en lo relativo a la aportación de los *venturers*.

También podrán encontrarse reglas aplicables a un contrato de *joint venture* en el Código de Comercio (en adelante, C. de Com.), siempre y cuando el contrato fuere de naturaleza mercantil, cuestión que será tratada más adelante.

⁷² Así, el artículo 4º de dicha ley establece que: "Se reputarán mercantiles todas las sociedades que se constituyan en alguna de las formas reconocidas en el artículo 1º de esta Ley". Al respecto las formas contempladas son: 1. *Sociedad en nombre colectivo*; 2. *Sociedad en comandita simple*; 3. *Sociedad de responsabilidad limitada*; 4. *Sociedad anónima*; 5. *Sociedad en comandita por acciones*; y 6. *Sociedad cooperativa*.

3.1.3 El *joint venture* como contrato típico de inversión en el derecho paraguayo (contrato de riesgo compartido)

La modalidad contractual del *joint venture* fue introducida a Paraguay bajo la denominación de *contrato de riesgo compartido* por la Ley N° 117/91⁷³ “De inversiones” (en adelante, “Ley 117”). El objeto de dicho instrumento legal, según se desprende del propio artículo 1° es “estimular y garantizar en un marco de total igualdad” la inversión nacional y extranjera, con la finalidad de “promover el desarrollo económico y social del Paraguay”. Es, en esencia, una ley de fomento de la inversión extranjera, puesto que su intención real fue dar la señal a los capitalistas foráneos de que su inversión recibiría el mismo trato que si fuera de carácter nacional.

El Capítulo V de la ley se denomina “De los contratos de riesgo compartido”, y en su artículo 14 dispone:

Se reconoce (*sic*) las inversiones conjuntas entre inversionistas nacionales y/o extranjeros, bajo la modalidad de Riesgo Compartido (Joint Venture) u otras.

De la citada disposición se pueden entresacar varias consideraciones importantes: 1) Que la ley utilizó el verbo “reconocer”, lo cual ofrece la pauta de que lo que se hace es otorgar tipicidad legislativa a un fenómeno ya existente en la práctica de los negocios internacionales, como lo son los contratos de inversión conjunta; en este caso bajo la modalidad de *joint venture*, aunque admitiendo la existencia de otras formas. 2) Que no quedan dudas de que bajo la denominación de “riesgo compartido” se quiso significar inequívocamente *joint venture*, puesto que se incluye la aclaración entre paréntesis, dentro del articulado. 3) Que, aparentemente, el *joint venture* (en su modalidad tipificada) queda circunscripto a la esfera exclusiva de las inversiones, ya sean éstas

⁷³ En Paraguay, la técnica legislativa utilizada para identificar las leyes consiste en enumerarlas correlativamente a partir del número “1” durante la duración de todo el año legislativo (que coincide con el año de calendario). De ese modo, cada ley lleva el número asignado, seguido del año en que se sancionó, más la denominación que le corresponde.

nacionales, extranjeras o mixtas; sin embargo, revisaremos esta tesis más adelante.

Seguidamente, el artículo 15 establece quiénes pueden ser los sujetos intervinientes en un contrato de *joint venture*: a) Las *personas naturales*⁷⁴ *nacionales o extranjeras*; b) Las *personas jurídicas domiciliadas o representadas en el país*; y c) Las *entidades del Estado*, incluyéndose a los entes autárquicos y demás entidades de derecho público.

Por su parte, el artículo 16 impone como requisito para personas físicas y jurídicas extranjeras que suscriban contratos de riesgo compartido el de la constitución de domicilio en el país. Asimismo, deberán cumplir con los demás requisitos de la legislación nacional referentes a la personalidad. MORENO RODRÍGUEZ agrega al respecto que: “De hecho, el establecimiento de una sucursal con domicilio en el país constituye una exigencia del Código Civil para toda empresa extranjera que desee realizar actividades con carácter habitual en el Paraguay”⁷⁵. No obstante, el requerimiento quedaría salvado en el caso de un *joint venture* societario, a través del cual la empresa extranjera convenga en constituir una sociedad paraguaya para el cumplimiento de los fines del contrato.

Como corolario, el artículo 17 establece dos principios de importancia:

El Contrato de Riesgo Compartido no establece personalidad jurídica. Los derechos y obligaciones de Riesgo Compartido se rigen por lo acordado en el respectivo contrato.

El hecho de que conste en la ley que no se generará una persona jurídica distinta de los contratantes por efecto del contrato de *joint venture*, evita una

⁷⁴ La denominación de “persona natural” implica cierto descuido legislativo, puesto que el Código Civil opta por la de *persona física*. Por otra parte, para referirse a las personas de existencia ideal, el derecho paraguayo utiliza la denominación *persona jurídica*.

⁷⁵ MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio, *Temas de contratación internacional, inversiones y arbitraje*, Ediciones Jurídicas Catena – CEDEP, Asunción, 2006, p. 209.

laguna de importancia y, paralelamente, brinda la seguridad de que la relación no será regida por ninguno de los tipos contractuales societarios existentes en el derecho paraguayo (cuestión que, según se vio en el párrafo anterior, genera discusión en el ámbito del derecho mexicano). En efecto, el artículo es bien claro al establecer, *in fine*, que es el propio contrato el que regirá los derechos y obligaciones de los *venturers*. Por otra parte, se cumple así con una caracterización que coincide con el de la práctica mercantil internacional y la mayor parte de la doctrina, esto es: la de ser un contrato que no establece personalidad jurídica y, por otro lado, la de brindar un amplio margen de decisión a la voluntad de las partes al momento de configurar la relación.

Como se pudo notar, la regulación del tipo contractual por parte de la Ley 117 no es exhaustiva. En efecto, la intención es más bien la de establecer ciertas reglas básicas que alienten al uso de la figura, antes que una serie de requisitos que le resten la flexibilidad que la caracteriza. Es por ello que, en esencia, sigue siendo la voluntad de las partes la que determinará el contenido de la relación en cada caso.

Ahora bien, corresponde investigar a continuación si es posible en el derecho paraguayo celebrar un contrato de *joint venture* que no consista estrictamente en una inversión y, en su caso, qué reglas le serían aplicables.

Con respecto a la primera cuestión, la respuesta sin duda es afirmativa. Por un lado, porque el Código Civil paraguayo (en adelante, CCP) reconoce el principio de la libertad contractual⁷⁶. Por otra parte, porque la propia Ley 117, en su artículo 15, dispone que las personas pueden asociarse entre sí mediante contratos de riesgo compartido “para toda actividad lícita”, lo que debe interpretarse como extensivo más allá del ámbito de las inversiones, que es la

⁷⁶ Artículo 669: “Los interesados podrán reglar libremente sus derechos mediante contratos, observando las normas imperativas de la ley (...)”.

materia de dicha ley especial. De hecho, por actividad lícita debemos entender tanto las de naturaleza civil como mercantil.

En consecuencia, consideramos que, si bien el contrato de *joint venture* (bajo la denominación de “riesgo compartido”) se encuentra tipificado en una ley especial, el alcance de sus disposiciones se extiende para las situaciones en que por dicho contrato se realice cualquier otro tipo de actividad no prohibida por el derecho paraguayo⁷⁷, en virtud de lo dispuesto en la misma Ley 117, por lo que los principios estudiados más arriba resultarían en dichos casos igualmente aplicables.

3.2 EL TRATAMIENTO DE LOS CONTRATOS CIVILES Y LOS CONTRATOS MERCANTILES

Tanto el derecho civil como el derecho mercantil representan las dos principales ramas de las que se compone el derecho privado, aunque en ocasiones, de manera errónea a nuestro entender, se tiende a identificar al derecho civil con el privado, principalmente por el hecho de que en la mayor parte de los ordenamientos nacionales el Código Civil funge como fuente común supletoria para todas las relaciones jurídicas de índole privada.

En lo que se refiere al derecho mercantil en particular, éste surge históricamente como una rama especial durante el medioevo europeo, con el fin de regular el tráfico local e interregional de mercaderías, por medio de las instituciones de las ferias y los mercados⁷⁸. La reiteración de usos y costumbres específicos derivaron en una serie de reglamentaciones especiales para las operaciones realizadas por los comerciantes y, lo que es más importante aun, la creación de jueces especiales para entender en los conflictos generados entre

⁷⁷ La Constitución de la República del Paraguay dispone, en su artículo 9º: “(...) Nadie está obligado a hacer lo que la ley no ordena ni privado de lo que ella no prohíbe”.

⁷⁸ Si bien se conoce que en la antigüedad clásica existieron muchas transacciones que podríamos calificar de naturaleza mercantil, no se encuentra en ella una sistematización de normas que regularan específicamente el comercio en su conjunto.

aquéllos. Es por eso que el sentido original de la expresión *materia de comercio* tuvo un sentido meramente jurisdiccional⁷⁹. Esto es, todo litigio que recayese bajo la competencia del llamado “fuero consular”, merecería la calificación de mercantil.

Este sistema, denominado *subjetivo*, en razón de que el derecho mercantil se circunscribía a una determinada clase profesional, en este caso la de los comerciantes, fue cediendo paso, en los albores de la modernidad, a un sistema *objetivo*, en el que dicho derecho pasó a regular “un conjunto de estados, situaciones, actividades y relaciones de hecho”⁸⁰. Así, lentamente, la materia comercial empezó a adquirir una especialidad no sólo adjetiva o procesal (la existencia de un fuero especial), sino por sobre todo material. En efecto, durante el siglo XIX empezaron a sancionarse códigos de comercio en Europa y, por su influencia, más tarde en América Latina.

Hoy en día la mayoría de los ordenamientos jurídicos adoptan un sistema mixto de calificación de la materia de comercio, aunque acentuando uno u otro criterio, ya sea el subjetivo o el objetivo. No obstante, lo que sí se puede afirmar de manera general, en sentido doctrinario, es que la determinación de la materia mercantil es una tarea legislativa y que su identificación debe hacerse desde la descripción e interpretación de lo dispuesto por cada derecho positivo.

Esto es así porque, al margen de las actividades entendidas propiamente como comerciales en sentido económico⁸¹, el legislador ha creído conveniente incluir dentro de esta calificación otras actividades que serían más bien de naturaleza civil, a partir de presunciones *iuris et de iure*. De ese modo, por

⁷⁹ Cfr. FONTANARROSA, Rodolfo O., *Derecho comercial argentino. Tomo 1: Parte General*, Zavalia, Buenos Aires, novena edición (reimpresión), 1997, pp. 23-25.

⁸⁰ *Íbidem*, p. 24.

⁸¹ Una definición clásica de comercio en sentido económico es la de SIBURU: “Comercio es la actividad humana que tiene por objeto mediar entre la oferta y la demanda para promover, realizar o facilitar los cambios y obtener con ello una ganancia calculada sobre la diferencia de los valores en cambio” (citado por FONTANARROSA, *Derecho comercial argentino...*, ob.cit., p. 19.)

ejemplo, actos tan diversos como la emisión de un cheque o el arrendamiento de inmuebles con fines de especulación han quedado subsumidos en algunas legislaciones bajo la materia mercantil (criterio objetivo), más allá de toda consideración acerca de su ejecución o no por parte de comerciantes.

Además, es común que se repute como mercantiles a determinados tipos de sociedades (por ejemplo, la sociedad anónima) sin importar si su objeto consiste en la realización de negocios de índole civil, algo que sucede también con la noción de *empresa* en sentido jurídico, a la que algunos ordenamientos consideran como mercantil más allá de su verdadera naturaleza.

Ahora bien, tanto en el derecho mercantil como en el civil, el tratamiento de las obligaciones constituye una parte esencial de su contenido, lo cual lleva a la pregunta acerca del motivo de la regulación por separado de ambos regímenes. En efecto, la tendencia verificada desde mediados del siglo XX en algunos países europeos, de unificar en un solo cuerpo jurídico la regulación de las obligaciones civiles y mercantiles, ha tenido su influencia, como se verá más adelante, en algunos países latinoamericanos. Por otra parte, incluso en el caso de la existencia de códigos por separado, ocurre que las disposiciones generales acerca de las obligaciones civiles se aplican supletoriamente a las mercantiles.

Todo lo dicho se relaciona de manera directa con la cuestión del tratamiento de los contratos, que son la fuente principal de la cual surgen las obligaciones. Así, al producirse la mencionada unificación legislativa, la misma abarca también al tratamiento de los contratos, tanto en su parte general (si la hubiere) como especial. Todo lo cual hace que pierda fuerza la distinción entre contratos civiles y mercantiles, ya que a ambos se les aplican las mismas disposiciones generales y, en lo particular, su tratamiento se incluye dentro de un mismo cuerpo codificado.

Para el caso de los ordenamientos en los que no se ha producido tal unificación, sucede que, de todos modos, pierde igualmente sentido la antigua distinción tajante entre contratos civiles y mercantiles, puesto que, generalmente, los litigios emanados de ambos se resuelven en un mismo fuero y se les aplica las mismas disposiciones generales referentes a las obligaciones y contratos (las del Código Civil).

En consecuencia, la importancia del intento por encontrar las notas distintivas entre los contratos civiles y mercantiles dependerá del grado de independencia entre ambas materias que determine cada sistema jurídico.

3.2.1 ¿Es siempre el *joint venture* un contrato de naturaleza mercantil?

Es común encontrar que la literatura jurídica especializada, al abordar el tema de los contratos mercantiles “modernos” (esto es, los que han nacido de la práctica mercantil asociada a la economía globalizada de la segunda mitad del siglo XX) agrupe entre los mismos al contrato de *joint venture*.

Esto se ha debido principalmente al hecho de que el proceso de internacionalización de esta figura (a partir del modelo originado en el derecho estadounidense⁸²) se dio gracias a la utilización de la misma por parte de grandes corporaciones transnacionales, las cuales buscaban expandir las esferas territoriales de sus proyectos de inversión, compartiendo riesgos y asociándose con *venturers* locales o extranjeros.

Como, coincidentemente, una tendencia importante del derecho mercantil a nivel mundial ha sido la de declarar como dentro de su ámbito a todas las actividades propias de las empresas⁸³, las operaciones de *joint venture*

⁸² *Vide supra*, Capítulo 2.

⁸³ Comenta al respecto ARCE GARGOLLO que: “Una posición que se abre paso en la doctrina es la tesis que considera que los contratos mercantiles son aquellos que surgen de las relaciones a

(entendidas como exclusivas de las corporaciones) fueron así calificadas como operaciones mercantiles, sin más.

Ahora bien, el problema en realidad remite no a una solución general, sino particular para cada sistema jurídico, en razón de que cada uno tendrá una definición propia de lo que es “materia de comercio” y, por ende, establecerá así los puntos de conexión para determinar el carácter mercantil de un contrato.

Pero aun tomando en consideración dicha aseveración, es posible sostener *a priori* que no necesariamente un contrato de *joint venture* implica una actividad mercantil, por los siguientes motivos:

- a. Si se atiende al criterio *subjetivo* de calificación de la materia de comercio, el contrato de *joint venture* puede tener como sujetos no solamente a empresas (“sociedades mercantiles” en el sentido jurídico del término), sino también a personas físicas individuales, revistan o no el carácter de comerciantes. Incluso, es factible que sociedades de naturaleza civil celebren contratos de este tipo.
- b. Si se considera, en contrapartida, el criterio *objetivo*, se debe realizar previamente una distinción entre dos actos: la celebración del contrato de base, y la celebración de los contratos satélites. En cuanto al primero, que constituye el contrato de *joint venture* en sentido estricto, somos de la opinión de que, como contrato *asociativo*, su naturaleza no es necesariamente mercantil⁸⁴, puesto que la colaboración puede darse con el objeto de perseguir fines muy diversos, a ser especificados en cada caso; la salvedad estaría dada por un ordenamiento jurídico que incluyera una presunción del contrato de *joint venture* como acto de comercio, situación por demás hipotética. En lo que se refiere a los

que da lugar el ejercicio de una empresa o que están vinculados a la *actividad empresarial*”. (ARCE GARGOLLO, *Contratos mercantiles atípicos*, ob. cit., p. 37).

⁸⁴ Disentimos, en este sentido, de la opinión de DE LA MADRID ANDRADE que califica al *joint venture* como de “sociedad mercantil sin personalidad jurídica”. (Cfr. Nota al pie 16).

contratos satélites, los mismos estarán evidentemente relacionados al objeto principal del contrato de base, por lo que pueden servir como elementos para identificarlo como acto de comercio; así, por ejemplo, en el caso de suscribirse contratos de distribución, agencia o franquicia, como derivados de un *joint venture* contractual; o un contrato de sociedad anónima, en el caso de un *joint venture* societario. Sin embargo, también con respecto a los contratos derivados cabe el mismo razonamiento: que no necesariamente deberán consistir en contratos mercantiles. Es posible, como sostiene ARCE GARGOLLO a modo ilustrativo, mediante un *joint venture* “constituir una asociación o sociedad civil, [o] participar en un contrato de prestación de servicios”⁸⁵, actos propiamente de carácter civil.

Cabe no obstante señalar que, en la gran mayoría de los casos, el contrato de *joint venture* reviste una naturaleza mercantil indiscutible, constituyéndose además en un acuerdo marco con el cual se conectan otros contratos satélites, que generalmente consisten en las figuras mercantiles de mayor uso y novedad, lo que convierte a las relaciones de *joint venture* en protagonistas importantes de las prácticas mercantiles nacionales e internacionales.

3.2.2 El derecho mexicano: Tratamiento de los contratos por el Código Civil Federal y por el Código de Comercio

En México, por disposición constitucional y atendiendo al carácter federal de la República, la competencia para la producción legislativa en el área del derecho privado difiere ya sea que se trate de materia civil o mercantil. Así, el artículo 73 de la Constitución, en su fracción X, establece que el Congreso de la Unión tiene facultad: “Para legislar en toda la República sobre (...) comercio”.

⁸⁵ ARCE GARGOLLO, *Contratos mercantiles atípicos*, ob. cit., p. 421.

Como la materia civil no figura en la lista⁸⁶ y, complementariamente, el artículo 124 prescribe que las facultades que la Constitución no concede expresamente a los funcionarios federales se entienden reservadas para los estados, estos últimos, en efecto, han venido dictando sus respectivos códigos civiles que rigen a nivel local.

En consecuencia, la regulación de todo lo que implica la materia de comercio en México está contenida en disposiciones (Código de Comercio y leyes referentes al ámbito mercantil) de aplicación en toda la República, mientras que el derecho civil se encuentra disperso en tantos códigos civiles como entidades federativas existen en el país (treinta y dos en total).

Sin embargo, durante mucho tiempo, el antiguo Código Civil del Distrito Federal (publicado en el Diario Oficial de la Federación en 1928 y en vigor a partir de 1932) fungió no solamente como derecho local en el territorio del Distrito Federal, sino como de aplicación para toda la República en asuntos considerados como de materia federal y, además, sirvió de modelo para la redacción y posteriores reformas de los demás códigos civiles locales.

Ya en 2000, se decide convertir al Código Civil del Distrito Federal en un código local más, aplicable a dicha entidad federativa y cuyas modificaciones serían realizadas por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal. Paralelamente, el texto vigente hasta dicha fecha recibió como nueva denominación la de *Código Civil Federal*, aplicable en toda la República en asuntos de orden federal, y cuyas modificaciones se realizarían por el Congreso de la Unión.

⁸⁶ La redacción completa de la fracción es como sigue: “El Congreso tiene facultad: (...) X. Para legislar en toda la República sobre hidrocarburos, minería, sustancias químicas, explosivos, pirotecnia, industria cinematográfica, comercio, juegos con apuestas y sorteos, intermediación y servicios financieros, energía eléctrica y nuclear y para expedir las leyes del trabajo reglamentarias del artículo 123”.

Por su parte, el Código de Comercio (en adelante “C. de Com.”) data ya del año 1889 (en vigor desde 1890) y se encuentra derogado en muchas de sus partes, lo cual provocó que un sector de la doctrina lo calificara de “código muerto”⁸⁷. Aun así, continúa regulando importantes aspectos del derecho mercantil mexicano⁸⁸, entre ellos, los contratos mercantiles en general y, en particular, los contratos mercantiles más comunes (compraventa, permuta y depósito mercantiles, entre otros).

En el C. de Com., Capítulo II, Título Primero del Libro Segundo, se encuentra la regulación referente a los contratos mercantiles en general; no obstante, no consiste en una regulación sistemática de los mismos, sino en un tratamiento somero de algunos elementos de la relación contractual, como por ejemplo el plazo (artículo 84), el lugar para el cumplimiento de las obligaciones (artículo 86) o la mora (artículo 85).

Es por ello que, como señala ARCE GARGOLLO, “(...) el *concepto del contrato*, sus elementos de existencia y validez, así como la normativa general del acto o negocio jurídico y del contrato mercantil en lo general, deben tomarse de la regulación del Derecho civil que resulta aplicable en la mayoría de sus principios y reglas”⁸⁹.

En efecto, el propio artículo 81 del C. de Com. remite al derecho civil, al establecer que: “Con las modificaciones y restricciones de este Código, serán aplicables a los actos mercantiles las disposiciones del derecho civil acerca de la capacidad de los contrayentes⁹⁰, y de las excepciones y causas que invalidan los contratos”. Además, complementariamente, el artículo 2º del C. de Com. prescribe que: “A falta de disposiciones de este ordenamiento y las demás leyes

⁸⁷ Cfr. BARRERA GRAF, Jorge, *Instituciones de derecho mercantil*, Porrúa, México, séptima reimpresión de la segunda edición (1991), 2008, p. 28. La expresión se atribuye a Joaquín Rodríguez Rodríguez.

⁸⁸ Además, el código ha cobrado nuevos aires con la inclusión de todo un título dedicado a la regulación del comercio electrónico, aspecto por demás novedoso.

⁸⁹ ARCE GARGOLLO, *Contratos mercantiles atípicos*, ob. cit., p. 35.

⁹⁰ El texto debió decir en realidad “contratantes” en vez de “contrayentes”.

mercantiles, serán aplicables a los actos de comercio las del derecho común contenidas en el Código Civil aplicable en materia federal”. Según lo expresado más arriba, dicho ordenamiento supletorio lo constituye el Código Civil Federal.

Tal es así que resultan aplicables al contrato mercantil todas las disposiciones generales sobre los contratos contenidas en el CCF. Las más importantes ya han sido abordadas anteriormente⁹¹, en particular, en lo que guarda relación a los contratos atípicos, que es el caso del *joint venture* en el derecho mexicano. Lo importante aquí es resaltar que más allá de la aparente complejidad de la regulación de las obligaciones mercantiles y civiles en México, en realidad no hay en lo sustantivo diferencias importantes entre ambas materias, ya que para la mayoría de las disposiciones generales sobre los contratos hay que acudir supletoriamente al CCF y, por otra parte, si se toman las prescripciones contenidas en el C. de Com., se observa que la mayoría de éstas en realidad no contradicen ni complementan al CCF, sino que lo repiten.

En consecuencia, el contrato de *joint venture*, a pesar de revestir en la mayoría de los casos naturaleza mercantil, encontrará su regulación principalmente en las disposiciones del CCF relativas a los contratos. Ahora bien, un efecto importante de calificar al contrato como mercantil tiene que ver con la aplicación de las normas adjetivas, ya que el C. de Com. contempla en su Libro Quinto una regulación procesal propia de los juicios mercantiles, aunque muy similar en cuanto a los plazos (particularmente el juicio ordinario mercantil) al Código Federal de Procedimientos Civiles, el cual, además, es de aplicación supletoria según el artículo 1054 del C. de Com.

Por último, en lo que se refiere al fuero competente, la jurisdicción mercantil – con excepción de lo que se refiere a los concursos mercantiles – la tienen los jueces de lo civil, tanto locales como federales indistintamente, ya que los

⁹¹ *Vide supra* 3.1.2.

locales pueden aplicar las leyes federales cuando sólo se afecten intereses de particulares, según el artículo 104 de la Constitución.

3.2.3 La unificación de las obligaciones civiles y mercantiles en el derecho paraguayo

Con la sanción y promulgación de la Ley 1183/86, que introdujo el Código Civil paraguayo (en adelante, “CCP”), se aplicaron importantes innovaciones al derecho civil paraguayo, más aún si se tiene en cuenta que, hasta ese momento, regía en el país el antiguo Código Civil argentino, que había sido elaborado por el célebre jurista Dalmacio Vélez Sarsfield en el siglo XIX.

La principal fuente del nuevo cuerpo legal fue el trabajo realizado por el jurista paraguayo Luis De Gásperi, conocido como “Anteproyecto de Código Civil de Paraguay”. De Gásperi estuvo muy influenciado a su vez por el Código Civil italiano de 1942, y de ello se desprende la adopción del método de unificación de las obligaciones civiles y mercantiles, plasmado en el CCP en su versión definitiva.

Tal es así que el derecho mercantil paraguayo pasó a estar contenido, en lo que se refiere a las obligaciones y los contratos, en el CCP, derogándose el antiguo Código de Comercio que regía desde 1891, y que era asimismo una adopción del Código de Comercio argentino. Sólo quedó vigente el Libro Tercero, referido al derecho fluvial y marítimo. Ya previamente se había sancionado la Ley N° 1034/83 “Del comerciante”, que derogaba el Libro Primero del Código de Comercio, estableciendo el régimen de regulación de la actividad profesional del comerciante, sus derechos y obligaciones, la competencia comercial, la transferencia de los establecimientos mercantiles y la caracterización de los actos mercantiles. Numerosas leyes especiales complementan la regulación del derecho mercantil paraguayo, entre ellas la ya

mencionada Ley 117, que regula las inversiones y establece el contrato de riesgo compartido (*joint venture*).

No obstante, lo que interesa señalar en este apartado es que la unificación del tratamiento de las obligaciones y los contratos civiles y mercantiles ha traído aparejada una plausible simplificación de la regulación de la materia, ya que se pierde la necesidad de una distinción estricta entre contratos civiles y mercantiles, puesto que ambos se encuentran regulados en lo sustantivo en el mismo cuerpo legal (CCP), como así también en lo adjetivo, siendo aplicable para el efecto el Código Procesal Civil (Ley 1337/88).

En lo que respecta al contrato de riesgo compartido en particular, su regulación en la Ley 117 es muy somera, tal como habíamos señalado anteriormente⁹²; razón por la cual hay que necesariamente remitirse al CCP para aplicar complementariamente a dicha figura las normas que regulan a los contratos en general.

En ese sentido, el Libro Tercero del CCP, titulado “De los contratos y de otras fuentes de las obligaciones”, incluye como primera parte una muy completa regulación general de los contratos, con referencias a la revisión judicial por lesión, la imprevisión, el consentimiento, el objeto, la forma, la prueba, la interpretación y los efectos⁹³; todo lo cual debe ser complementado con la regulación de los hechos y actos jurídicos realizada previamente en el Libro Segundo, fruto de la metodología empleada en el Código, que consistió en incluir lo que se denomina “teoría general del negocio jurídico”, influencia de la doctrina civil alemana, como antecedente de las obligaciones y los contratos.

⁹² *Vide supra* 3.1.3.

⁹³ Cfr. VELÁZQUEZ GUIDO, Ernesto, *Introducción al estudio de los contratos*, Intercontinental, Asunción, 2007, p. 29.

3.3 EL RÉGIMEN SOCIETARIO

3.3.1 La sociedad como herramienta para el cumplimiento del objeto contractual en el *joint venture* societario

La importancia de hacer un estudio del régimen de sociedades del país en donde va a ejecutarse un contrato de *joint venture*, guarda relación con los llamados “*joint venture* societarios”⁹⁴, esto es, aquellos en los que, para el cumplimiento del objeto contractual, se decide conformar una persona jurídica distinta a la de los *venturers*: una sociedad nueva; o, alternativamente, se escoge hacer uso de una sociedad ya constituida, dentro de la cual pasan a participar como socios los respectivos *venturers*.

Como en la práctica este tipo de *joint venture* suele representar operaciones de gran envergadura económica, se lo suele confundir con la fusión entre empresas o, lo que es más común, se lo suele identificar como la única modalidad de *joint venture* posible, llegando incluso a confundir a la nueva sociedad o empresa resultante (“la” *joint venture*) con el contrato en sí.

Es importante por ello reiterar una premisa fundamental al momento de caracterizar un contrato de *joint venture* societario, y que consiste en distinguir claramente entre la relación contractual generada entre los *venturers* (que en este caso suelen ser, a su vez, sociedades ya previamente constituidas) y la persona jurídica surgida o utilizada como vehículo para la realización del objeto del *joint venture*, la cual es, en todo caso, un medio y no un fin en sí mismo, razón por la cual cada uno de los contratantes sigue conservando su personalidad jurídica propia, elemento que distingue claramente al *joint venture* societario de una fusión entre empresas (*merger*).

⁹⁴ *Vide supra* 1.2.1.

La conformación de la nueva sociedad se opera generalmente a través de un contrato de sociedad conexo al contrato de *joint venture*, lo que la doctrina especializada denomina comúnmente “contrato satélite” o “derivado”. En este caso, el contrato satélite deberá contener las formalidades, si las hubiere, obligatorias en un determinado ordenamiento para que opere satisfactoriamente la creación de la nueva persona jurídica. En el contrato de base propiamente dicho, constará la intención de conformar un nuevo ente jurídico para realizar el objeto contractual, pudiendo indicarse asimismo otras particularidades como ser, en su caso, el tipo de sociedad a ser conformada.

Con respecto a lo último, es necesario señalar que el tipo societario más frecuentemente utilizado como vehículo de este tipo de *joint venture*, es el de la sociedad anónima o por acciones, asimilable a la *corporation* de los sistemas jurídicos anglosajones; lo cual explica, por cierto, el uso de la denominación inglesa de *corporate joint venture* como otra forma de denominar a esta variación de la figura jurídica en estudio.

Es por ello también que un sector de la doctrina, principalmente el más antiguo, ha aseverado que la sociedad anónima es el tipo de sociedad propio de los *joint ventures* societarios⁹⁵. Dicha aseveración, no obstante, está vinculada con la concepción estadounidense de la *corporate joint venture*, la cual ciertamente debe ser tomada como el primer modelo de *joint venture* societario utilizado internacionalmente, vinculado a la inversión extranjera⁹⁶. Hoy en día, la

⁹⁵ Así por ejemplo, CABANELLAS DE LAS CUEVAS sostiene que: “La *joint venture corporation* puede caracterizarse más efectivamente mediante su definición como la instrumentación legal de una *joint venture*, en sentido amplio, mediante la estructura jurídica de las sociedades por acciones”. (CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo y Julio Alberto KELLY, *Contratos de colaboración empresaria...*, ob. cit., p. 115).

⁹⁶ ASTOLFI señala al respecto que: “Con la expresión ‘*joint venture corporation*’ se ha querido frecuentemente indicar una sociedad por acciones constituida con accionistas locales de los países receptores de la inversión y teniendo por objeto la organización de la ejecución de un subyacente contrato de *joint venture*”. (Cfr. ASTOLFI, *El contrato internacional de “joint venture”*, ob. cit., p. 35).

rigidez de dicha concepción está superada tanto en la doctrina como en la práctica⁹⁷.

En efecto, debido a la diversificación en la utilización de la figura fuera de su ámbito original en el derecho estadounidense, el *joint venture* societario fue adoptando los diversos tipos de sociedades que cada ordenamiento en particular ofrece, de acuerdo con las necesidades específicas del proyecto en cuestión. Aun así, no cabe ninguna duda acerca de que lo más común y lo más adecuado a la práctica, principalmente en grandes proyectos de inversión, es apelar a la figura de la sociedad por acciones, admitida por cierto, con diversos matices en su regulación, por la mayor parte de los sistemas jurídicos del mundo.

Ese es el motivo principal por el que a continuación, al proceder al estudio comparado, se hará un énfasis especial en el tratamiento de las sociedades anónimas, tanto en el derecho mexicano como en el paraguayo, sin dejar a un lado la mención de los demás tipos societarios existentes en cada ordenamiento.

3.3.2 El régimen societario mexicano

En el derecho mexicano, la fuente más importante de regulación de las sociedades es la Ley General de Sociedades Mercantiles, publicada en el DOF el 4 de agosto de 1934; ahora bien, como su nombre lo indica, su objeto se limita a las sociedades mercantiles en particular, por lo que el marco regulatorio debe ser complementado con lo dispuesto en el CCF referente a la sociedad civil⁹⁸.

⁹⁷ SIERRALTA RÍOS, refiriéndose al tema, asevera que: "(...) debe elegirse una modalidad societaria existente, pero ello no puede hacerse sino analizando cuál será la que mejor logre ofrecer las bases para que funcione la *joint venture*. Frecuentemente, la más utilizada es la sociedad anónima y en algunos casos la asociación en participación, de allí la confusión con estas figuras". (Cfr. SIERRALTA RÍOS, *Joint venture internacional*, ob. cit., p. 97).

⁹⁸ Una ley especial importante de ser mencionada en materia societaria es la Ley General de Sociedades Cooperativas (Publicada en el DOF el 3 de agosto de 1994), que regula, como su nombre lo indica, a las sociedades cooperativas. No obstante, no expondremos sobre dicho tipo de sociedad, puesto que por sus caracteres (integración exclusiva por personas físicas, principio de mutualismo en lugar de lucro, etcétera) no resulta factible como vehículo de un *joint venture* societario.

Esta última, a pesar de su uso poco frecuente, no puede dejar de ser mencionada, puesto que, por un lado, es factible la elección de dicha figura como vehículo para la ejecución de un contrato de *joint venture* cuyo objeto sea de naturaleza civil y, por otra parte, algunas de sus disposiciones pueden llegar a aplicarse supletoriamente por analogía al propio contrato base del *joint venture*, particularmente en lo que respecta a la relación entre los socios.

Así tenemos que la *sociedad civil* está definida básicamente como aquella en la que los socios “se obligan mutuamente a combinar sus recursos o sus esfuerzos para la realización de un fin común, de carácter preponderantemente económico, pero que no constituya una especulación comercial”⁹⁹. Es, en efecto, el carácter principalmente económico de su objeto lo que diferencia a la sociedad de otras personas morales de naturaleza civil, como las asociaciones. Por otra parte, la distinción con respecto a las sociedades mercantiles queda patente en la prohibición de que el fin común consista en una especulación comercial; además, el artículo 2695 del CCF prevé que si la sociedad civil toma en la práctica la forma de una sociedad mercantil, la misma queda sujeta al C. de Com.

En cuanto a la aportación de los socios, puede consistir tanto en dinero, como en otro tipo de bienes o incluso en su industria¹⁰⁰. Como se examinó anteriormente, esa es una característica compartida también por la figura del *joint venture* en general, incluso en su modalidad contractual¹⁰¹. Finalmente, como requisito de forma se exige la constitución de la sociedad por escrito, aunque para el caso de que algún socio transfiera bienes cuya enajenación deba hacerse por escritura pública, se exigirá asimismo dicha formalidad para constituir la sociedad¹⁰².

⁹⁹ Artículo 2688, CCF.

¹⁰⁰ Artículo 2689, CCF.

¹⁰¹ *Vide supra* 1.1.3, e).

¹⁰² Artículo 2690, CCF.

Ahora bien, adentrándonos en lo relacionado con los tipos societarios mercantiles en México, vemos que éstos responden a la clasificación clásica en doctrina¹⁰³, que distingue entre: a) sociedades de personas; b) sociedades intermedias; y c) sociedades de capital.

Así, la *sociedad en nombre colectivo* y la *sociedad en comandita simple* se encuadran dentro de las sociedades de personas, llamadas también *intuitu personae*, cuya característica principal reside en que los socios responden de manera solidaria, ilimitada y subsidiaria de las obligaciones sociales¹⁰⁴; en el caso de la sociedad en comandita simple, además de los socios comanditados, cuyo tipo de responsabilidad responde a las características enunciadas, existen otras personas llamadas “socios comanditarios”, obligados únicamente al pago de sus aportaciones¹⁰⁵. Ambos tipos societarios existen bajo una razón social, formada con el nombre de uno o más socios y, cuando no figuren los nombres de todos, se deben agregar las palabras “y compañía”¹⁰⁶, más las palabras “Sociedad en Comandita” en el caso del segundo tipo.

Huelga decir que las sociedades de personas responden a esquemas muy antiguos, originados históricamente dentro del marco de economías precapitalistas. Hoy se encuentran francamente en desuso, tanto en México como en la mayoría de los países, aunque siguen resultando adecuadas para emprendimientos de carácter familiar o entre amigos. La intensidad de la responsabilidad ilimitada hace que cada contratante deba tener muy en cuenta las características particulares de cada uno de los otros, y que sea esencial el elemento de la confianza mutua. Es curioso observar la similitud de dichos elementos con características propias de la figura del *joint venture*; no obstante, la diferencia esencial reside, no está de más repetirlo, en la ausencia de la *affectio societatis* de manera directa, en el caso del *joint venture*, puesto que la

¹⁰³ Cfr. CASTRILLÓN Y LUNA, Víctor M., *Sociedades mercantiles*, Porrúa, México, tercera edición corregida y aumentada, 2008, p. 283.

¹⁰⁴ Artículo 25, LGSM.

¹⁰⁵ Artículo 51, LGSM.

¹⁰⁶ Artículos 27 y 52, LGSM.

eventual conformación de una sociedad no es el fin en sí del contrato sino un medio para el mismo.

Por otra parte, entre las denominadas sociedades intermedias, se encuentran la *sociedad de responsabilidad limitada* y la *sociedad en comandita por acciones*. Su clasificación obedece al hecho de que ambos tipos comparten características tanto de las sociedades de personas como de las sociedades de capital, constituyendo un estadio de transición entre ambos géneros.

En ese sentido, conviene prestarle una atención especial a la sociedad de responsabilidad limitada (en adelante, “SRL”). Según la propia definición de la LGSM, la SRL es “la que se constituye entre socios que solamente están obligados al pago de sus aportaciones, sin que las partes sociales puedan estar representadas por títulos negociables, a la orden o al portador, pues sólo serán cedibles (*sic*)¹⁰⁷ en los casos y con los requisitos que establece la presente Ley”¹⁰⁸.

En efecto, aparece un elemento importante que se constituye en la principal diferencia con respecto a las sociedades de personas, esto es, la *limitación de la responsabilidad* al pago de las aportaciones, las cuales, por cierto, sólo pueden ser de capitales (dinero, bienes o derechos), mas no de industria o de servicios¹⁰⁹. Por otra parte, las participaciones de los socios no pueden estar representadas por títulos de crédito (o “títulos valores” según la terminología mercantil más contemporánea), característica que diferencia a la SRL de las sociedades de capital.

Este tipo societario, a diferencia de otros que se fueron desarrollando históricamente por la práctica mercantil y fueron luego regulados por los

¹⁰⁷ El término correcto debería ser “cesibles”.

¹⁰⁸ Artículo 58, LGSM.

¹⁰⁹ Cfr. BARRERA GRAF, Jorge, *Instituciones de derecho mercantil*, Porrúa, México, 2008, séptima reimpresión de la segunda edición (1991), p. 363.

ordenamientos jurídicos, es de creación estrictamente legislativa, siendo su origen la Ley alemana del 19 de mayo de 1892¹¹⁰. No obstante, el modelo resultó muy exitoso y alcanzó rápidamente una difusión casi universal y un fuerte arraigo en las prácticas mercantiles. La SRL se revela hoy en día como una herramienta importante para el desarrollo de las llamadas “pequeñas y medianas empresas” (PYME), ya que su constitución y funcionamiento no revisten la complejidad propia de las sociedades de capitales, en particular la sociedad anónima.

A pesar de que su uso contemporáneo en México no es masivo, no cabe duda acerca de su importancia de cara al futuro inmediato, y es por ello que parte de la doctrina reclama por reformas legales que “rescaten” dicha modalidad societaria¹¹¹. Su estructura se presta eficientemente a la posibilidad de ser vehículo de un *joint venture* societario¹¹². En primer lugar, es perfectamente factible que los socios que la integran sean a su vez sociedades previamente conformadas (que es lo más frecuente en los *joint venture* societarios) y no sólo personas físicas, cuando que en las sociedades de personas el tema se presta a la duda¹¹³. Por otra parte, el hecho de que la transmisión o cesión de las partes sociales o la admisión de nuevos socios requiera del “consentimiento de los socios que representen la mayoría del capital social”¹¹⁴, hace de la SRL un tipo societario adecuado al carácter *intuitu personae* del *joint venture*, su necesidad de confianza mutua y de aprobación de ingreso de nuevos *venturers* a la relación; existe además otra limitación de

¹¹⁰ Cfr. BARRERA GRAF, *Instituciones de derecho mercantil*, ob. cit., p. 364.

¹¹¹ Cfr. CASTRILLÓN Y LUNA, *Sociedades mercantiles*, ob. cit., p. XVI. Concretamente, el autor se refiere en la presentación de la obra al “necesario rescate de un tipo societario que muy bien puede servir para la pequeña y la mediana empresa, como lo es la sociedad de responsabilidad limitada”.

¹¹² En efecto, la inversión extranjera directa proveniente de Estados Unidos de América a México suele ser canalizada en ciertos casos a través de SRL, aunque más bien por el hecho de que dicha modalidad de inversión reporta ciertas ventajas fiscales a los inversionistas. (Cfr. DE LA MADRID ANDRADE, *El joint venture...*, ob. cit., p. 101).

¹¹³ BARRERA GRAF, *Instituciones de derecho mercantil*, ob. cit., p. 351, nota al pie 17. Más allá de las opiniones a favor o en contra, en la práctica son personas físicas las que integran una sociedad de personas.

¹¹⁴ Artículo 65, LGSM. La proporción necesaria puede ser incluso mayor si así lo dispone el estatuto social.

idéntico objetivo, que consiste en que no se pueda exceder de cincuenta en el número total de socios¹¹⁵. Finalmente, es de destacar que el monto mínimo actualmente exigido para el capital social (tres millones de pesos¹¹⁶), puede resultar un tanto elevado para proyectar pequeñas empresas en solitario; sin embargo, en un *joint venture* societario, con los aportes sumados por distintos *venturers*, aunque individualmente sean de moderado porte económico, se puede alcanzar más fácilmente dicha suma.

A continuación, corresponde exponer sucintamente sobre el tipo societario más importante en la práctica mercantil mexicana, al igual que en la mayor parte del mundo: la *sociedad anónima* (en adelante, “SA”), respecto de la cual hay además distintas variaciones. La LGSM incorpora una breve definición: “Sociedad anónima es la que existe bajo una denominación y se compone exclusivamente de socios cuya obligación se limita al pago de sus acciones”¹¹⁷. De ella se desprenden dos elementos básicos: primero, que a diferencia de las sociedades personales (en la SRL es optativo), la SA se identifica con una denominación, no con una razón social (aquella se distingue de ésta en que puede consistir en un nombre de fantasía no relacionado de ninguna manera con los socios); y segundo, que la responsabilidad de los socios se limita exclusivamente al pago de sus correspondientes acciones, lo cual hace de la SA una sociedad centrada en el elemento “capital” y no en el elemento personal.

Sin embargo existen otras características importantes al momento de describir a la SA, a saber: a) la existencia de *acciones*, las cuales tienen sin distinción igual valor¹¹⁸, representan la mínima parte del capital social y son transmisibles por naturaleza, lo que las convierte en *títulos valor* de expedita movilidad y sujetas a la especulación mercantil; b) a la movilidad de las acciones acompaña una amplia movilidad entre socios, puesto que la titularidad de

¹¹⁵ Artículo 61, LGSM.

¹¹⁶ Artículo 62, LGSM.

¹¹⁷ Artículo 87, LGSM.

¹¹⁸ Artículo 112, LGSM.

aquéllas determina la calidad de éstos; c) la predominancia de terceros como administradores y representantes de la sociedad¹¹⁹, lo cual permite “por una parte, organizarla administrativamente con técnicos especializados en las actividades sociales, y por la otra, que ellas sean ajenas a los intereses particulares de los socios”¹²⁰; todo lo cual tiene que ver evidentemente con la complejidad vinculada a las funciones de las SA de gran envergadura; y d) la posibilidad de captación de nuevos recursos a través de la emisión¹²¹ y oferta de obligaciones, como también a través de la emisión y oferta de nuevas acciones que acompañan el aumento del capital social, esto último sólo permitido a un subtipo de SA denominado Sociedad Anónima de Capital Variable (en adelante, “SA de CV”)¹²², de frecuente uso por cierto en la práctica mercantil de las grandes empresas.

Sin entrar a considerar detalladamente las distintas variantes de SA reguladas por el derecho mexicano¹²³, cabe reafirmar en términos generales la predilección que genera como tipo societario a ser escogido para ejecutar un contrato de *joint venture*. Se pueden encontrar distintos motivos: Por un lado, porque es de hecho la modalidad más utilizada para llevar a cabo contratos de sociedad en general en México, ya que, entre otras cosas, el capital social mínimo exigido es prácticamente simbólico: de cincuenta mil pesos¹²⁴; además, como ya se expuso, la responsabilidad de los socios está estrictamente limitada al pago de las acciones. Por otra parte, su estructura societaria dinámica, vinculada al dominio o tenencia de las acciones, la hace particularmente abierta a poder incorporar nuevos miembros (por ejemplo, en el caso de *joint ventures*

¹¹⁹ Cfr. BARRERA GRAF, *Instituciones de derecho mercantil*, ob. cit., p. 399.

¹²⁰ *Ídem*.

¹²¹ Artículo 208, Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, que dice textualmente en su primer párrafo: “Las sociedades anónimas pueden emitir obligaciones que representen la participación individual de sus tenedores en un crédito colectivo constituido a cargo de la sociedad emisora”.

¹²² Las sociedades de capital variable en general están reguladas en el capítulo VII de la LGSM. En la práctica, sus disposiciones se aplican de manera casi exclusiva a la SA de CV.

¹²³ Nos referimos en particular a las sociedades anónimas especiales en materia de seguros y de fianzas, como así también en materia financiera y bursátil, todas ellas sujetas a regulación específica.

¹²⁴ Artículo 89, fracción II, LGSM.

por sociedad ya constituida), o a reconfigurar las cuotas de participación y, por ende, las correlaciones entre la mayoría y las minorías.

Sin embargo, el uso de la SA plantea también ciertos puntos conflictivos. Así por ejemplo, se deben cuidar muy bien los detalles concernientes a la incorporación de nuevos socios ajenos a la relación de *joint venture*, atendiendo al carácter *intuitu personae* de este último. Normalmente los acuerdos referentes a dicho tema y, en general, al relacionamiento entre los *ventures* al interior de la sociedad conjunta, están reglados en el propio contrato de base suscrito, y encuentran su reflejo, en el caso de una sociedad a ser constituida, en la elaboración del estatuto social. En efecto, como describe DE LA MADRID ANDRADE, se contemplan comúnmente en el contrato de *joint venture* puntos relacionados con: las asambleas, los derechos de voto, la administración, la vigilancia de la sociedad, la protección de las minorías, la información financiera y algunas cuestiones de contabilidad¹²⁵. La diferencia esencial entre lo acordado en el contrato de base y lo establecido en el estatuto social radica en el carácter privado de aquél y el carácter público de éste, sujeto a la formalidad de la inscripción en el Registro Público de Comercio y, por ende, con efecto frente a terceros. De ahí, la conveniencia de que en el estatuto efectivamente se consignen los acuerdos para el relacionamiento entre socios ya previamente estipulados en el contrato de *joint venture*.

Aun así, es frecuente que los *venturers* recurran además a otro contrato satélite (distinto del contrato de sociedad), a los efectos de regular sus relaciones al interior de la sociedad. El término *acuerdo de socios* es comúnmente utilizado para indicar este tipo de “negocios parasociales”¹²⁶. Asimismo, referido aquél a una SA, el contrato suele denominarse *acuerdo de accionistas*.

¹²⁵ Cfr. DE LA MADRID ANDRADE, *El joint venture...*, p. 101.

¹²⁶ Cfr. DE LA MADRID ANDRADE, *El joint venture...*, p. 178. El autor explica que “(e)l término *negocio parasocial* se emplea para identificar un grupo de negocios jurídicos que regulan relaciones diversas que inciden en el contrato de sociedad, sin que sea indispensable que se reúna *ab-initio* los requisitos para modificarlo (...)”.

La importancia de celebrar un contrato satélite como el descrito está relacionada con el hecho de que el contrato de base regula la relación entre los *venturers* de manera global, mientras que el acuerdo de socios lo hace específicamente en lo que tiene que ver con el funcionamiento de la sociedad que oficiará de vehículo del *joint venture*; en ese sentido se puede afirmar que aquél precede a éste, el cual se encuentra subordinado en su calidad de “satélite” o “derivado” a las intenciones generales expresadas en el primero. Además, en lo que implica comparativamente al estatuto social, el acuerdo de socios presenta la ventaja de la confidencialidad de su contenido, no expuesto a la publicidad obligatoria de aquél.

Finalmente, retomando el problema de la posibilidad de incorporación de nuevos socios (quizás el más importante que se presenta en la práctica), lo que resulta más concordante con el carácter *intuitu personae* del *joint venture* es establecer la prohibición de transmitir las acciones a terceros. Al respecto, GINEBRA SERRABOU afirma que “(l)as restricciones a la libre transmisibilidad de las acciones se clasifican en legales, estatutarias y convencionales, según la fuente de que derivan, que condiciona también su eficacia, muy diferenciada”¹²⁷. En lo que se refiere a las limitaciones legales, la única contenida en la LGSM es la que dispone el artículo 130, el cual permite sujetar la transmisibilidad a la autorización previa del consejo de administración¹²⁸. No obstante, al no estar prohibido por la ley imponer otro tipo de limitación objetiva, estamos de acuerdo con GINEBRA SERRABOU en que ello es perfectamente posible¹²⁹. Así, podrían incluirse en el estatuto social cláusulas de adquisición preferente, o de

¹²⁷ GINEBRA SERRABOU, Xavier, *Alianzas estratégicas o joint ventures*, Themis, México, Colección Ensayos Jurídicos, segunda edición, 2006, p. 24.

¹²⁸ El artículo 130 dice textualmente: “En el contrato social podrá pactarse que la transmisión de las acciones sólo se haga con la autorización del consejo de administración. El consejo podrá negar la autorización designando un comprador de las acciones al precio corriente en el mercado”.

¹²⁹ Cfr. GINEBRA SERRABOU, *Alianzas estratégicas o joint ventures*, ob. cit., p. 24. El autor pone en discusión la tesis opuesta sostenida por Mantilla Molina, de que el artículo 130 establece las únicas limitaciones posibles a la libre transmisión de acciones en la SA.

determinación objetiva de los requisitos que deben reunir los adquirentes de las acciones (uno de los cuales podría consistir, por ejemplo, en la obligación de adherirse al contrato de *joint venture* que dio origen a la sociedad).

Ahora bien, cuando las restricciones son de tipo convencional, esto es, están contenidas nada más en el acuerdo de accionistas o en el propio contrato de base del *joint venture*, sin figurar en el estatuto, su efectividad frente a terceros es más discutible. En todo caso, podría sí acarrear penalidades severas para la parte que incumple el compromiso, como por ejemplo permitir a los demás abandonar el *joint venture* y reclamar una indemnización por daños, siendo recomendable, en ese caso, que dichas hipótesis figuren detalladamente entre las cláusulas que reglan la relación entre los *venturers*.

3.3.3 El régimen societario paraguayo

El régimen de regulación de las sociedades en el derecho paraguayo guarda, en cuanto a su contenido, muchas similitudes con el del derecho mexicano. Los tipos societarios admitidos son equivalentes, aunque en algunos casos con distintos nombres, y la estructura prevista para los mismos es parecida en muchos aspectos. En consecuencia, varias de nuestras afirmaciones del apartado anterior serán igualmente aplicables a éste, en lo que respecta sobre todo a la relación entre el contrato de *joint venture* y los tipos de sociedades más importantes.

En cuanto a las fuentes, cabe señalar que casi toda la regulación del derecho societario paraguayo está contenida en el Código Civil. Esto se debe a la implementación del sistema de unificación de las obligaciones y los contratos civiles y mercantiles, sobre el que ya se ha expuesto¹³⁰. Complementariamente, cabe mencionar dos leyes especiales: la Ley N° 117/93 “Que regula las sociedades de capital e industria” y la Ley N° 438/94 “De cooperativas”, la última

¹³⁰ *Vide supra* 3.2.3.

de las cuales es de amplia aplicación debido al fortísimo desarrollo del cooperativismo en Paraguay en las dos últimas décadas; no obstante, nos centraremos en las figuras más propicias para la ejecución de un *joint venture* societario: la SRL y la SA, sin dejar de mencionar a las demás.

El CCP trata sobre los distintos tipos de sociedad en el Libro Tercero, referente a los contratos y otras fuentes de obligaciones, específicamente en el Capítulo XI. En primer lugar, se desarrollan unas disposiciones generales — aplicables a todas las modalidades societarias— relativas a: la existencia y validez de las sociedades, la administración, los efectos, los derechos de los socios, los derechos y obligaciones de la sociedad frente a terceros, la disolución de las sociedades, y la liquidación y partición del activo social¹³¹.

Seguidamente, se regula la llamada *sociedad simple*, equivalente a la sociedad civil mexicana. El artículo 1013 dispone: “Será considerada simple la sociedad que no revista los caracteres de alguna de las otras regladas por este Código o en leyes especiales y que no tenga por objeto el ejercicio de una actividad comercial (...)”; además, hace una enumeración de las actividades consideradas “comerciales”, en una curiosa complementación de lo dispuesto en la Ley del Comerciante¹³². La intención, evidentemente, es dejar bien en claro cuáles son las actividades que una sociedad simple no puede desempeñar, puesto que de lo contrario se le exigiría su inscripción en el Registro Público de Comercio. Otra característica importante de este tipo societario es que no está sujeto a forma especial alguna, salvo las exigidas por la naturaleza de los bienes aportados¹³³; sin embargo, el CCP obliga en otro artículo a realizar por escrito los contratos cuyo objeto supere la suma de diez jornales mínimos establecidos

¹³¹ Cfr. Artículos 959 al 1012, CCP.

¹³² Así, además de las actividades calificadas como comerciales por dicha ley (a la cual el artículo se remite), se enumeran las siguientes: “a) la actividad industrial encaminada a la producción de bienes o servicios; b) la actividad intermediaria en la circulación de bienes o servicios; c) el transporte en cualquiera de sus formas; d) la actividad bancaria, aseguradora, o de bolsas (...)”.

¹³³ Artículo 1014, CCP.

para la capital¹³⁴, monto por demás modesto, lo que hace que sea impracticable un contrato de sociedad por medio verbal.

En lo que respecta a la personalidad jurídica, la misma se adquiere a partir de la inscripción de la sociedad en el registro correspondiente¹³⁵ (para el caso de la sociedad simple, solamente el Registro de Personas Jurídicas y Asociaciones); la falta de dicho requisito no anula el contrato, pero la sociedad no pasa a adquirir en consecuencia el dominio sobre los bienes registrables aportados. Por último, en lo que se refiere a la responsabilidad de los socios, el CCP establece dos categorías: a) los que obran en nombre y por cuenta de la sociedad, que responden personal y solidariamente por las obligaciones sociales; y b) los otros socios, responsables hasta el límite de su aporte, salvo que expresamente se hayan obligado solidariamente¹³⁶. Sobre esto último, también es importante la toma de conocimiento por parte de terceros (presupuesto que, en todo caso, se cumple con la inscripción en el registro) a través de medios idóneos, bajo pena de perder validez la limitación de la responsabilidad de la segunda categoría de socios.

Seguidamente, se regulan las sociedades mercantiles de personas: la *sociedad colectiva* (equivalente a la *sociedad en nombre colectivo* del derecho mexicano) y la *sociedad en comandita simple*. Ambas se caracterizan principalmente por la característica, ya señalada, de la responsabilidad “subsidiaria, ilimitada y solidaria”¹³⁷ que contraen los socios. En el caso del segundo tipo, se agrega la existencia de una segunda categoría de socios (los “comanditarios”), responsables nada más hasta el límite de sus aportes.

¹³⁴ Artículo 706, CCP.

¹³⁵ El artículo 967 del CCP (modificado por el artículo 3º de la Ley 388/94) establece, como de aplicación general para todas las sociedades, que éstas “adquieren la personalidad jurídica desde su inscripción en el registro correspondiente”.

¹³⁶ Artículo 1016, CCP.

¹³⁷ Artículo 1025, CCP. En el mismo sentido, el artículo 1038, CCP, que atribuye dicha característica a los socios “colectivos” en la sociedad en comandita simple.

En lo relativo a la *sociedad de responsabilidad limitada* (en la cual los socios sólo responden por el valor de sus aportes), el CCP establece que el capital debe estar dividido en cuotas iguales por valor de un mil guaraníes¹³⁸ o su múltiplo¹³⁹. Al contrario de lo que sucede en el derecho mexicano, no se exige ningún monto mínimo para integrar el capital social, lo que convierte a la SRL paraguaya en una herramienta accesible a la pequeña y mediana empresa, explicándose por esto su frecuente utilización en la práctica societaria del país; sin embargo, como señala VELÁZQUEZ GUIDO, “para evitar que la sociedad no sea nula, se propenderá que el capital mínimo no sea irrisorio”¹⁴⁰. Por otra parte, la cantidad de socios no puede superar los veinticinco¹⁴¹, número todavía más reducido que el de la SRL mexicana (cincuenta). Además, las cuotas no pueden ser cedidas a extraños sin el acuerdo de socios que representen tres cuartos del capital (cuando existan más de cinco socios), requiriéndose unanimidad cuando el número de socios no supere los cinco¹⁴²; esta disposición es considerada como de orden público¹⁴³ y, por lo tanto, no puede ser modificada por un acuerdo de socios o por el contrato social. Complementariamente, como es paradigmático en la SRL, las cuotas de participación no pueden ser representadas por títulos negociables¹⁴⁴.

A raíz de lo expuesto, puede notarse la intención del CCP de acercar más a la SRL a una sociedad de personas que a una sociedad de capital, poniendo un acento importante en el carácter *intuitu personae*, a través de restricciones de orden público referentes a la libre de cesión de cuotas a extraños. Esto puede adecuarse a la intención de un *joint venture* societario de mantener la composición interna de la sociedad sin mayores complicaciones, principalmente

¹³⁸ A inicios de 2009, la cotización del guaraní (de libre fluctuación) con respecto al dólar ronda aproximadamente los cinco mil guaraníes por cada dólar, en la venta.

¹³⁹ Artículo 1160, CCP.

¹⁴⁰ VELÁZQUEZ GUIDO, Ernesto, *Manual de derecho societario*, Intercontinental Editora, Asunción, 2003, segunda edición, p. 225.

¹⁴¹ Artículo 1160, CCP.

¹⁴² Artículo 1166, CCP. Entre socios la cesión de cuotas es libre, salvo disposición en contrario del acto constitutivo.

¹⁴³ Cfr. VELÁZQUEZ GUIDO, *Manual de derecho societario*, ob. cit., p. 228.

¹⁴⁴ Artículo 1163, CCP

en lo referente a la efectividad relativa con que cuenta un acuerdo de socios frente a disposiciones que, como en este caso, están contenidas en la propia ley. Por último, como es razonable, no existe ningún impedimento en la regulación de la SRL paraguaya para que una o más sociedades puedan integrarla como socias.

A pesar de las ventajas que ofrece la SRL para la conformación de un *joint venture* societario, no cabe dudas sin embargo de que es la *sociedad anónima* la más adecuada para el efecto, principalmente en lo que tiene que ver con grandes emprendimientos económicos; además, el propio CCP prohíbe el empleo de la SRL para determinadas operaciones, como las “bancarias, de seguro, de capitalización y ahorro, ni aquellas para las cuales la ley exija otra forma de sociedad”¹⁴⁵.

Así, la SA tiene en el CCP caracteres muy similares a los descritos en el caso mexicano: a) la misma responde de las obligaciones sociales sólo con su patrimonio y las cuotas de participación de los socios están representadas por acciones¹⁴⁶; b) se identifica con una *denominación* social, la cual debe contener necesariamente la indicación de ser sociedad anónima¹⁴⁷; y c) las acciones deben ser de igual valor y conceden a sus poseedores iguales derechos (no obstante, se puede establecer estatutariamente diversas clases de acciones con derechos diferentes)¹⁴⁸.

Asimismo, el CCP permite a las SA, siempre y cuando sus estatutos lo autoricen, contraer empréstitos en forma pública o privada, a través de la emisión de obligaciones negociables (llamadas también “debentures”)¹⁴⁹. Por otra parte, la Ley 1284/98 “Del mercado de valores”, autoriza a ofertar públicamente sus acciones a un subtipo de SA denominado *sociedad anónima*

¹⁴⁵ Artículo 1162, CCP.

¹⁴⁶ Artículo 1048, CCP.

¹⁴⁷ Artículo 1049, CCP.

¹⁴⁸ Artículo 1064, CCP.

¹⁴⁹ Artículo 1127, CCP.

emisora de capital abierto (S.A.E.C.A.) —equivalente a la S.A. de C.V. del derecho mexicano—, a la cual se le exige, para inscribirse como tal, contar con un capital social no inferior al monto establecido por la Comisión Nacional de Valores para el efecto¹⁵⁰.

Resulta muy importante mencionar que el CCP deja abierta la posibilidad de regular libremente lo referente a la enajenación de las acciones (siempre y cuando éstas no fueran emitidas al portador), lo cual puede resultar de mucha utilidad en el caso de una SA que sirva de vehículo de un *joint venture* societario. En ese sentido, dispone el artículo 1070 *in fine* que: “(...) El acto constitutivo puede subordinar a condiciones particulares la enajenación de las acciones nominativas”. Esto es, los *venturers* podrían introducir, con plenos efectos legales, en el estatuto de la SA a ser constituida, cláusulas relativas a la mayoría de votos necesarios para aprobar la enajenación de acciones, o así también referidas a preferencias de adquisición, entre otras; todas encaminadas a reflejar en la medida de lo posible el carácter *intuitu personae*, propio del contrato de base de *joint venture*, en una sociedad de capitales como la SA.

Por último, cabe mencionar que también se contempla la existencia de la *sociedad en comandita por acciones* (de escaso uso en la práctica); ésta tiene como característica la existencia tanto de socios colectivos —que responden por las obligaciones sociales como los socios de las sociedades colectivas— como de socios comanditarios, que limitan su responsabilidad al capital al que se obligan a aportar, representado en este caso por acciones¹⁵¹. También la *sociedad de capital e industria* (SCI) fue rescatada por una ley —la N° 117/93— ya que el CCP no la contempló, habiendo estado antiguamente regulada por el ahora derogado Código de Comercio. Su finalidad es “propiciar la integración a la actividad comercial productiva a aquellos que sólo cuentan con su capacidad

¹⁵⁰ El capital mínimo exigido actualmente es de 600 (seiscientos) salarios mínimos establecidos para trabajadores de actividades diversas no especificadas en la Capital de la República (Artículo 11, Resolución de la Comisión Nacional de Valores N° 763/04). A enero de 2009, dicho monto asciende a 805.065.000 guaraníes.

¹⁵¹ Artículo 1179, CCP.

de trabajo”¹⁵², esto es, los que sólo pueden aportar su “industria”. Recordemos que en el derecho mexicano, la posibilidad de la existencia de socios industriales está contemplada dentro de la regulación de la propia sociedad colectiva, por lo que la SCI no constituye una figura aparte. La novedad de la ley paraguaya es que admite expresamente la eventualidad de que todos o algunos de los socios se obliguen a aportar a la sociedad tanto capital como su trabajo o industria, convirtiéndose en socios mixtos (industriales y capitalistas a la vez). A pesar de su uso muy limitado en la práctica, dicho tipo societario guarda cierta importancia con respecto al *joint venture*, ya que en éste último es factible igualmente la concurrencia de los más diversos tipos de aportes, incluido el de la ejecución de un trabajo o servicio determinado¹⁵³, por lo que la SCI podría ser una figura útil a ser escogida en el caso de que se pretenda constituir una sociedad para ejecutar el objeto del contrato de *joint venture*.

3.4 EL RÉGIMEN DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

3.4.1 Conceptos generales. Vinculación del tema con el contrato de *joint venture*

El denominado *derecho de la competencia económica* (en adelante, “DCE”) es una materia en gran medida novedosa, principalmente en cuanto a su introducción en América Latina. WITKER y VARELA lo definen como: “(...) una rama del derecho económico que regula y ordena los mercados sancionando las prácticas mercantiles anticompetitivas atentatorias a la libre competencia y competencia, que incluye al conjunto de normas que regulan las relaciones de mercado que se susciten entre agentes económicos, mismas que pueden tener por objeto la promoción y defensa de la competencia, la eficiencia económica, la apertura de mercados, y el bienestar de los consumidores”¹⁵⁴.

¹⁵² VELÁZQUEZ GUIDO, *Manual de derecho societario*, ob. cit., p. 248.

¹⁵³ *Vide supra*, 1.1.3, e.).

¹⁵⁴ WITKER, Jorge y Angélica VARELA, *Derecho de la competencia económica en México*, UNAM – IJ, México, 2003, Serie Doctrina Jurídica N° 157, p. 7.

Tal como lo aclaran los mismos autores, dicha definición consta de un sentido amplio¹⁵⁵, puesto que, en sentido estricto, se ha entendido tradicionalmente al DCE como exclusivamente referido a la regulación y sanción de las prácticas restrictivas de la competencia, sin considerar otras esferas que, debido al complejo desarrollo de la globalización económica, hoy en día se vinculan indiscutiblemente con esta área de estudio, en particular: las prácticas desleales de comercio internacional y su efecto en los mercados nacionales, la vinculación de la regulación de la propiedad intelectual con la competencia económica, como también (en una dimensión mucho más amplia todavía, e inevitablemente relacionada con criterios axiológico-jurídicos) la articulación entre el derecho del consumidor y la política de competencia económica.

Tampoco hay un acuerdo pleno en doctrina acerca de cuál es el verdadero objetivo que persigue, o debería perseguir, esta rama del derecho. Los autores más apegados a la definición estricta, y más vinculados ideológicamente con la teoría económica neoclásica, insisten en que el único objeto del DCE es la “procuración de eficiencia en los mercados”¹⁵⁶. Otros, sin embargo, admiten lo anterior pero subordinándolo a fines superiores vinculados a la idea de justicia; entre ellos, el derecho al desarrollo¹⁵⁷. Criterio, este último, al cual ciertamente adherimos.

No obstante, más allá de la diversidad de posturas, una certeza compartida es que resulta imposible entender y aplicar el DCE sin el auxilio que la ciencia económica presta al derecho. Es por ello que los aparatos teóricos y conceptuales de corrientes como la del *análisis económico del derecho*¹⁵⁸ sirven

¹⁵⁵ WITKER, Jorge y Angélica VARELA, *Derecho de la competencia económica en México*, ob. cit. p. 7.

¹⁵⁶ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *Competencia económica. Aspectos jurídicos y económicos*, Porrúa, México, 2005, p. 7.

¹⁵⁷ Cfr. WITKER y VARELA, *Derecho de la competencia económica en México*, ob. cit., p. 12.

¹⁵⁸ Bajo dicha denominación (en inglés, *Law and Economics*), se designa a una corriente que agrupa a una serie de planteamientos teórico-jurídicos que buscan aplicar elementos de la teoría económica a la interpretación de los fenómenos jurídicos, particularmente en las ramas

de gran ayuda y soporte a la investigación en este campo. Desde este punto de vista, el estudio de las denominadas “prácticas restrictivas de la competencia” resulta fundamental y es el tema sobre el que, efectivamente, se articula el núcleo principal del DCE.

Así, la caracterización de dichas prácticas apunta en sentido general a evitar los monopolios; esto es, “una situación en la que un vendedor único tiene control completo sobre una industria”¹⁵⁹. El monopolio, por supuesto, representa el escenario más extremo de competencia imperfecta¹⁶⁰. Lo que busca el DCE es, precisamente, prevenir o sancionar las conductas mercantiles que puedan conducir hacia la conformación de monopolios o producir consecuencias equivalentes a las de aquéllos, en el entendimiento asimismo de que el escenario ubicado en el extremo opuesto (la competencia perfecta), es a su vez más un modelo teórico de referencia que algo alcanzable en la práctica.

En efecto, es sobre las prácticas restrictivas de la competencia, llamadas también “prácticas monopólicas”¹⁶¹, que centraremos nuestra atención. Las mismas son clasificadas en dos grandes grupos, a saber: a) las prácticas monopólicas *absolutas*; y b) las prácticas monopólicas *relativas*. Las absolutas se refieren a los acuerdos de cooperación de carácter anticompetitivo, realizados entre empresas que guardan entre sí una relación “horizontal” (esto es, se encuentran ubicadas en el mismo eslabón de la cadena productiva dentro de un mercado y, por ende, son competidores naturales entre sí); las relativas, por su parte, se dan entre empresas relacionadas “verticalmente”, significando esto que están ubicadas en distintas fases de la cadena productiva (generalmente con

directamente relacionadas con la Economía, aunque algunos autores intentan extender el método incluso a otros sectores del derecho.

¹⁵⁹ GONZÁLEZ DE COSSÍO, *Competencia económica...*, ob. cit., p. 28. La definición es de Samuelson.

¹⁶⁰ *Ídem*.

¹⁶¹ La diferencia entre las prácticas monopólicas y el monopolio consiste en que aquéllas producen los mismos beneficios que éste a las empresas, con la diferencia de que en las primeras intervienen dos o más sujetos económicos. (Cfr. WITKER y VARELA, *Derecho de la competencia económica en México*, ob. cit., p. 120).

una relación entre sí de vendedor y comprador). Es importante señalar que para determinar que una práctica es monopólica en términos relativos hay que recurrir a criterios económicos (definición del mercado relevante, análisis de poder de mercado y valoración de los efectos anticompetitivos, principalmente), ya que, en las distintas leyes de competencia económica, dichas prácticas no son consideradas ilegales en sí mismas, sino a través del análisis de sus efectos.

Es también común, en las legislaciones de los diferentes países que se ocuparon del tema, referirse de manera especial a las denominadas “concentraciones”. Éstas consisten básicamente en adquisiciones o fusiones entre sociedades, fenómeno ciertamente frecuente en la economía contemporánea. Esto, por supuesto, tampoco constituye de por sí un hecho que dañe o impida la competencia, sino cuando concurren ciertas circunstancias que, en todo caso, deben estar detalladas en la ley correspondiente. Tal es así, que generalmente se establecen sistemas de control de las concentraciones que son más bien preventivos que punitivos (como en el caso mexicano¹⁶²), esto es, se les obliga a las sociedades que van a iniciar un procedimiento de fusión o de adquisición de control que alcance cierto monto establecido, a comunicar previamente a la autoridad correspondiente dicha intención para someterla a su aprobación.

Ahora bien, la importancia de analizar el DCE en su relación con la figura del *joint venture*, se explica por el hecho de que, si bien la ejecución de esta última puede tomar diversas formas en la práctica, sea ya entre agentes económicos ubicados horizontal o verticalmente entre sí, se tendrá siempre algún tipo de efecto sobre la dinámica del mercado al que apunta el objeto de la relación. Más aún si se tiene en cuenta que en muchas ocasiones los *venturers* son entre sí potenciales competidores, pudiendo representar la suma del volumen de sus operaciones por separado un porcentaje muy importante de un sector del mercado.

¹⁶² *Vide infra*, 3.4.2.

No obstante, como señala GINEBRA SERRABOU, los efectos sobre la competencia económica por parte de los *joint ventures* serán normalmente menores a los provocados por las fusiones, ya que “(e)n la fusión siempre desaparece un agente económico del mercado, fortaleciéndose en contrapartida otro, aquel que adquiere los activos de la empresa fusionada, con lo cual se fortalece el poder que ostenta en el mercado una determinada empresa, pudiendo, en virtud de esa fusión, obtener un poder dominante en el mercado, con lo que se facilita la realización de prácticas colusorias”¹⁶³.

A pesar de los efectos menos evidentes que los provocados por una fusión, la posibilidad de que una determinada operación de *joint venture* recaiga bajo la clasificación de “concentración”, debe estar siempre presente. A fin de cuentas, todo dependerá de lo que establezca la legislación específica y de los criterios del órgano de aplicación del DCE en cada país.

Por otra parte, existen determinadas cláusulas frecuentemente incluidas en los contratos de *joint venture*, que ameritan una especial atención, puesto que pueden llegar a constituir prácticas monopólicas. Entre aquellas, la *cláusula de no-competencia* es sin duda la que genera mayores problemas, ya que implica directamente una restricción de la competencia entre los *venturers*. Más allá de los distintos criterios con que puede juzgarse la validez o no de dicho tipo de cláusulas a la luz del DCE, hay un par de condiciones que deben necesariamente ser tenidas en cuenta, a saber: a) la *duración* del pacto en cuestión, puesto que a mayor duración más fuerte será el impacto del mismo sobre el mercado; b) el *ámbito territorial* de la actividad a ser desplegada; c) el poder de mercado de las partes involucradas; y d) la concordancia de la cláusula con el objeto principal del *joint venture*. Esta última condición es fundamental, ya que, en la práctica, hay ciertas operaciones de *joint venture* que serían económicamente inviables sin la inclusión de una cláusula de no-competencia,

¹⁶³ GINEBRA SERRABOU, *Alianzas estratégicas o joint ventures*, ob. cit., p. 174.

estando la eficacia del objeto contractual subordinada al cumplimiento de aquella.

Así también, en *joint ventures* que involucran contratos de intermediación comercial (agencia, distribución o concesión mercantil, franquicia, entre otros) como satélites, existen diversas cláusulas usualmente conflictivas en términos del DCE, principalmente las que involucran un *pacto de exclusiva*, entendido éste como la obligación de no realizar ciertas prestaciones o concluir determinados contratos sino únicamente con las personas a quienes se les reconoce la exclusiva¹⁶⁴. De manera parecida a lo ocurrido con la cláusula de no-competencia, deberán atenderse las condiciones de tiempo, área geográfica y objeto (productos sobre los que recae la obligación) para determinar los efectos en materia de competencia económica. En consecuencia, en determinadas circunstancias, el pacto de exclusiva puede ser considerado una práctica monopólica relativa.

En resumen, el tema de la competencia económica guarda una relación muy importante con el contrato de *joint venture*: en primer lugar, por la posibilidad siempre latente de que el mismo (principalmente en el caso de los *joint ventures* societarios) sea considerado una “concentración” a los efectos de las leyes de competencia; y, segundo, porque en la gran variedad de cláusulas y contratos satélites que pueden añadirse a un contrato de base, existen varias de particular conflictividad para el DCE, siendo la cláusula de no-competencia y el pacto de exclusiva los mejores ejemplos de ello.

3.4.2 El *joint venture* bajo el derecho de la competencia económica en México

El proceso de apertura de México hacia el comercio internacional, iniciado a partir de mediados los años ochenta, generó la necesidad de contar con una ley

¹⁶⁴ Cfr. ARCE GARGOLLO, *Contratos mercantiles atípicos*, ob. cit., p. 438.

de competencia económica que tomara en cuenta la experiencia extranjera en la materia. Así, el 24 de diciembre de 1992, se publica en el DOF la Ley Federal de Competencia Económica (en adelante, “LFCE”), cuya entrada en vigor se produjo en junio de 1993.

La nueva ley, según GONZÁLEZ DE COSSÍO, “(...) no debía ser de tipo regulatorio. No se establecerían permisos para la producción y distribución de productos. El cambio estratégico radicaba en el hecho de que las autoridades podían intervenir únicamente con posterioridad a que la conducta hubiera tenido lugar. La excepción a lo anterior sería la política preventiva en materia de concentraciones”¹⁶⁵.

En cuanto a la autoridad de aplicación de la ley, se optó por la creación de un órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de Economía, con autonomía técnica y operativa, denominado *Comisión Federal de Competencia* (en adelante, “CFC”). La misma tiene como una de sus funciones básicas la investigación de posibles prácticas monopólicas (absolutas o relativas) prohibidas por la LFCE, y la eventual sanción administrativa de las empresas que incurran en dichas prácticas. Se ocupa además, entre otras acciones, de autorizar, condicionar o impedir las concentraciones.

Cabe señalar que los *joint ventures* como tales no están expresamente contemplados en el articulado de la LFCE. Sin embargo, tal como se expresó más arriba¹⁶⁶ en un sentido general, dependiendo de las particularidades de cada caso, pueden darse efectos anticompetitivos sobre el mercado que constituyan una violación de la LFCE.

En primer lugar, en lo referente a las prácticas monopólicas absolutas y relativas, detalladas taxativamente por la LFCE en sus artículos 9 y 10, varias de

¹⁶⁵ GONZÁLEZ DE COSSÍO, *Competencia económica...*, ob. cit., p. 17.

¹⁶⁶ *Vide supra*, 3.4.1.

ellas podrían resultar aplicables a un contrato de *joint venture*, dependiendo de las particularidades de sus cláusulas; no obstante, esto no se debe a la naturaleza del contrato en sí, sino a la amplia gama de modalidades que los términos de su negociación pueden adoptar, debiéndose considerar además a los contratos satélites que normalmente forman parte de la relación. En ese sentido, por dar simplemente los ejemplos más importantes, cabe citar a las ya descritas cláusulas de no-competencia y de pacto de exclusiva, que son las de un impacto quizás más evidente sobre la libre competencia. La primera de ellas, incluida en el marco de un *joint venture* horizontal, y dirigida a evitar la competencia de los *venturers* entre sí, podría incluso llegar a constituir una práctica monopólica absoluta, por implicar posiblemente un reparto de mercados, conducta sancionada por la LFCE¹⁶⁷. En *joint ventures* verticales, la posibilidad de incurrir en prácticas monopólicas relativas está también siempre presente, aunque ello dependerá, como lo indica la Ley, no sólo de la comprobación de haber sido realizada una conducta de las tipificadas en el artículo 10, sino de la concurrencia de la misma con los siguientes supuestos: a) que el responsable tiene poder sustancial sobre el mercado relevante; y b) que las prácticas se realicen respecto de bienes o servicios que correspondan al mercado relevante de que se trate¹⁶⁸.

Por otra parte, en lo relacionado con las concentraciones, el contrato de *joint venture* guarda una implicancia más intrínseca. A pesar de que la LFCE se refiere de manera específica a la fusión y a la adquisición de control como “concentraciones”, toma en consideración también a “cualquier acto por virtud del cual se concentren sociedades, asociaciones, acciones, partes sociales, fideicomisos o activos en general que se realice entre competidores, proveedores, clientes o cualesquiera otros agentes económicos”¹⁶⁹. En consecuencia, el *joint venture* —que puede perfectamente implicar una

¹⁶⁷ Artículo 9, fracción III, LFCE. Cfr. GINEBRA SERRABOU, *Alianzas estratégicas o joint ventures*, ob. cit., p. 199.

¹⁶⁸ Artículo 11, LFCE.

¹⁶⁹ Artículo 16, LFCE.

adquisición de control como resultado de sus operaciones, como así también otros actos de concentración de activos, tanto tangibles como intangibles— se encuadra bajo la calificación de “concentración” en variadas ocasiones.

Sin embargo, no toda concentración merece ser impugnada según la LFCE. Debe darse además otra condición, a saber: que su “(...) objeto o efecto sea disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia respecto de bienes o servicios iguales, similares o sustancialmente relacionados”¹⁷⁰. De ello se desprende que más importante que la forma jurídica que adopte una concentración (por ejemplo, un *joint venture*), es el efecto económico que la misma ejerza sobre la competencia en el mercado relevante. La LFCE aporta además algunos “indicios”¹⁷¹ que la CFC debe considerar para realizar una investigación sobre concentraciones: a) que el acto o tentativa confiera o pueda conferir al fusionante, al adquirente o agente económico resultante de la concentración, el poder de fijar precios unilateralmente o restringir sustancialmente el abasto o suministro en el mercado relevante, sin que los competidores puedan contrarrestar dicho poder; b) que el acto o tentativa tenga o pueda tener por objeto indebidamente desplazar a otros agentes económicos, o impedirles el acceso al mercado relevante; y c) que tenga por objeto o efecto facilitar sustancialmente a los participantes en dicho acto o tentativa el ejercicio de las prácticas monopólicas referidas en la propia ley.

Otro dato importante es que la LFCE obliga a que la intención de realizar determinadas concentraciones de gran envergadura económica, encuadradas dentro de los supuestos enumerados en el artículo 20¹⁷², sea notificada

¹⁷⁰ Artículo 16, LFCE.

¹⁷¹ Artículo 17, LFCE.

¹⁷² Dichos supuestos son: I. Que el acto o sucesión de actos que den origen a la concentración, independientemente del lugar de su celebración, importen en la República, directa o indirectamente, un monto superior al equivalente a 18 millones de veces el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal; II. Que el acto o sucesión de actos impliquen la acumulación del 35 por ciento o más de los activos o acciones de un agente económico, cuyos activos anuales en la República o ventas anuales originadas en la República importen más del equivalente a 18 millones de veces el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal; y III. Que el acto o sucesión de actos impliquen una acumulación en la República de activos o

previamente a la CFC para que la misma emita una resolución al respecto. Dicha facultad preventiva resulta de suma utilidad, puesto que, por ejemplo, en el caso de que exista la intención de acordar un *joint venture* que implique una operación importante en activos¹⁷³, y teniendo el mismo las características de una concentración, la notificación previa a la CFC brinda la tranquilidad a los agentes económicos involucrados de estar obrando dentro del marco de la ley, sin incurrir en una violación de las normas de competencia económica. La Comisión tiene la potestad, incluso, de sujetar la realización del acto al cumplimiento de determinadas condiciones a ser fijadas por la misma¹⁷⁴, con cuya observancia el acto podría ser finalmente ejecutado y salvar así sus potenciales contravenciones a la ley.

Existen algunos precedentes de notificaciones de intención de realizar *joint ventures* (o “alianzas estratégicas”) a la CFC. Así por ejemplo, tomaremos el caso de la notificación de una concentración entre la empresa estadounidense *Mobil Oil Corporation* y la sociedad alemana controladora de un grupo multinacional *Hoechst Aktiengesellschaft* (Expediente: CNT-68-98) en 1998, a través de una operación de coinversión a nivel mundial (*joint venture*), que concentraría los activos que *Mobil* y *Hoescht* tenían en diversas regiones de Norteamérica para la producción de películas de polipropileno biorientadas (películas BOPP), asociación que en México se realizaría a través de *Celmex*, sociedad en la que *Hoescht* tenía participación en acciones representativas del capital social. El Pleno de la Comisión resolvió finalmente no objetar ni

capital social superior al equivalente a 8.4 millones de veces el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal y en la concentración participen dos o más agentes económicos cuyo volumen anual de ventas, conjunta o separadamente, sumen más de 48 millones de veces el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal. (En 2009, el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal es de 54.80 pesos diarios).

¹⁷³ Es importante señalar que el artículo 20 de la LFCE, *in fine*, permite también a los actores involucrados en una concentración que no se ubique en los supuestos ya señalados, realizar una notificación voluntaria a la Comisión.

¹⁷⁴ Artículo 19, LFCE.

condicionar la transacción notificada en virtud de que no afectaría negativamente la competencia en el mercado relevante (la producción de películas BOPP)¹⁷⁵.

En resumen, el derecho de la competencia económica en México, si bien contempla fuertes sanciones en el caso de incurrir en conductas violatorias de la ley, al menos en lo que tiene que ver con las concentraciones (que es el tema de mayor importancia en relación con el *joint venture*), al admitir el procedimiento de la notificación previa al órgano administrativo, permite contar con la certeza de estar evitando futuras sanciones, siempre y cuando sea acatada la resolución emitida por la CFC.

Finalmente, en lo relacionado con las prácticas monopólicas, el articulado correspondiente es bastante claro en establecer los supuestos, por lo que, con una adecuada asesoría de tipo económico-jurídico, se puede evitar incidir en las mismas. Como alternativa, se puede recurrir al procedimiento de *consulta en materia de competencia económica* ante la CFC, para obtener así una opinión por escrito por parte del órgano, con respecto a una duda en la materia, pero sin que dicha opinión tenga efectos jurídicos o vinculatorios¹⁷⁶.

3.4.3 El proyecto de Ley de Defensa de la Competencia en Paraguay

El Paraguay no cuenta, hasta la fecha, con ninguna ley especial en materia de competencia económica. Para encontrar alguna regulación en la materia, hay que remitirse a la Constitución Nacional, que en su artículo 107 (“De la libertad de concurrencia”) dispone que: “(...) Se garantizará la competencia en el mercado. No serán permitidas la creación de monopolios y el alza o la baja artificiales de precios que traben la libre concurrencia (...)”.

¹⁷⁵ Para un resumen del caso, véase el mencionado expediente (CNT-68-98) en la página de resoluciones del sitio de Internet de la CFC: <www.cfc.gob.mx> (última consulta: 10 de febrero de 2009).

¹⁷⁶ El procedimiento de consulta está contemplado en el artículo 24, fracción IX, de la LFCE.

No obstante, ante la imperiosa necesidad de reglamentar y desarrollar el mencionado artículo constitucional, y de llenar así un vacío legal de considerable importancia para la economía nacional, se presentó en 2003 al Poder Ejecutivo un Proyecto de Ley de Defensa de la Competencia, el cual fue luego enviado a la Cámara de Diputados para su estudio. Tras incluir varias modificaciones, la cámara de origen finalmente otorgó la media sanción al proyecto en junio de 2006, con lo cual el mismo pasó para su estudio a la Cámara de Senadores.

Posteriormente, luego de un debate público en el que los gremios empresariales presionaron para que no se aprobara el proyecto, el mismo fue finalmente rechazado por la cámara revisora en setiembre de 2008. La perspectiva inmediata indica que en Diputados (adonde fue devuelto el proyecto) se lo rechazará ya de manera definitiva, a la espera de la presentación de un nuevo texto, que sería fruto de un trabajo consensuado con los gremios de la producción y el comercio.

Las principales críticas apuntaron a los elevados montos de las sanciones previstas para los casos de incumplimiento de la ley (de carácter confiscatorio, según sus críticos) y a la autoridad de aplicación establecida por el proyecto, que sería el Ministerio de Industria y Comercio, lo cual supuestamente haría pesar más las influencias políticas que los argumentos técnicos al momento de emitir las resoluciones correspondientes. Para algunos defensores del proyecto, sin embargo, las críticas respondieron más bien al miedo de ciertos sectores empresariales ante la posibilidad de implementación de una política de competencia económica.

En lo referente al contrato de *joint venture*, el proyecto rechazado ponía un énfasis importante en el control de las concentraciones, tema sobre el cual existe hasta el momento una laguna jurídica total en el derecho paraguayo.

CAPÍTULO 4

DERECHO APLICABLE Y MEDIOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL CONTRATO DE *JOINT VENTURE* INTERNACIONAL

4.1 LA INTERNACIONALIDAD DEL CONTRATO DE *JOINT VENTURE*

4.1.1 La contratación internacional frente a la globalización

El fenómeno de los contratos internacionales ha sido siempre un tema conflictivo para la ciencia jurídica moderna. En torno al mismo, se han posicionado corrientes extremas y contrapuestas que han, o bien negado su existencia, o bien afirmado su total independencia de cualquier sistema jurídico¹⁷⁷. A partir de la segunda mitad del siglo XX, sin embargo, con el inicio del gran auge del comercio internacional y la conformación paulatina de una economía de mercado a nivel global —detalle que constituye la nota más distintiva del fenómeno denominado “globalización”—, la celebración de contratos internacionales se ha convertido en moneda corriente en todos los rincones del mundo.

Debido a esto se ha generado, en lo que respecta a los Estados, la necesidad de ir adaptando los sistemas jurídicos nacionales a la nueva realidad mercantil, marcada por el incesante tráfico jurídico internacional. Por su parte, también los principales agentes económicos globales de naturaleza privada (en

¹⁷⁷ Cfr. SIERRALTA RÍOS, Aníbal y Luis OLAVO BAPTISTA, *Aspectos jurídicos del comercio internacional*, Fondo Editorial de la Fundación Academia Diplomática del Perú, Lima, 1992, pp. 46-47. Los autores señalan como representante de la corriente que ha puesto en duda su existencia a Henri Battifol (que los llamó “contratos de efectos internacionales”); entre los defensores de su “autorregulación” estaría Alfred Verdross.

específico, las empresas multinacionales) han intentando, por un lado, recuperar la antigua tradición de un derecho mercantil internacional basado en las costumbres y usos, e independiente de la regulación estatal (la llamada *lex mercatoria*), y por otro, fortalecer sistemas alternativos de solución de controversias, de manera muy particular el arbitraje comercial internacional; todo ello en la búsqueda de sustraerse al control que sobre sus flujos de intercambio pudieran ejercer los Estados nacionales.

Más allá de los intereses públicos y privados en puja, lo cierto es que, como afirma MORENO RODRÍGUEZ, “(n)uestros días atestiguan una creciente tendencia favorable a la homogeneización de soluciones jurídicas para la problemática de las transacciones transfronterizas, que se cristaliza a través de un complejo entramado de procesos nacionales, regionales y mundiales desarrollados tanto en la órbita pública como privada”¹⁷⁸. Para dichos procesos de homogeneización, se adoptan distintos tipos de mecanismos. Analizaremos en primer lugar los correspondientes a la esfera pública.

El más tradicional de ellos es, sin duda, el de los *tratados internacionales*. Mediante éstos, los Estados convienen en adoptar normas comunes, buscando con ello la unificación legislativa sobre una determinada materia. Dichos tratados suelen ser fruto del trabajo al interior de foros u organismos de carácter regional o global, como por ejemplo —en materia de comercio internacional— la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (más conocida por sus siglas en inglés, “UNCITRAL”).

El éxito o fracaso de estos instrumentos depende, en primer lugar, del número de países que finalmente ratifiquen los mismos; en segundo, de su efectivo conocimiento y aplicación por parte de los jueces nacionales, una vez ratificados; y, por último, de la interpretación más o menos uniforme que se vaya

¹⁷⁸ MORENO RODRÍGUEZ, *Temas de contratación internacional, inversiones y arbitraje*, ob. cit., p. 51.

desarrollando en los distintos países en donde hayan sido ratificados. Uno de los mejores ejemplos de un tratado de derecho mercantil internacional que ha adquirido gran aceptación en la práctica, y ha cosechado también un importante número de ratificaciones, es sin duda la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías¹⁷⁹ (en adelante, “Convención de Compraventa Internacional de Mercaderías”). Sin embargo, existe una gran cantidad de instrumentos de este tipo que nunca logran una aplicación efectiva y extendida¹⁸⁰, hasta tal punto que un sector de la doctrina ha denunciado un “exceso de cantidad y defecto de calidad” en los tratados¹⁸¹. Debido a ello, se han intentado otras vías de homogeneización.

Así, se ha venido implementado el mecanismo de las *leyes modelo*, a través de las cuales se busca una “armonización”¹⁸² entre sistemas jurídicos, en lugar de la ya referida unificación. Dicho mecanismo consiste en ofrecer a los Estados un texto que sirva como guía para realizar reformas a su Derecho interno, de tal modo a ir aproximando su contenido al de los demás países que sigan el mismo proceso. En materia mercantil internacional, la UNCITRAL ha elaborado importantes leyes modelo, como por ejemplo la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico, de 1996, que por la novedad del tema ha servido de importante referencia para varios países en lo que al mismo se refiere. No obstante, este método también ofrece inconvenientes, ya que los legisladores locales tienen la plena libertad de adoptar el texto modelo en el grado que crean oportuno, pudiendo además introducir correcciones o agregados, todo lo cual hace que el

¹⁷⁹ Esta Convención, producto de los trabajos de la UNCITRAL, fue aprobada por una conferencia diplomática en 1980. La misma ofrece un régimen legal completo y detallado aplicable a los contratos de compraventa internacional de mercaderías. Su entrada en vigor se produjo el 1º de enero de 1988. A la fecha, se compone de 72 Estados Contratantes, de los cinco continentes. [Véase el sitio oficial de la UNCITRAL en Internet: <www.uncitral.org> (Consulta: 10 de febrero de 2009)].

¹⁸⁰ Los motivos pueden ser diversos: escaso número de ratificaciones, poca información sobre los mismos entre los agentes jurídicos, excesivo número de reservas por parte de los Estados ratificantes, entre otros.

¹⁸¹ Cfr. MORENO RODRÍGUEZ, *Temas de contratación internacional, inversiones y arbitraje*, ob. cit., p. 61. La expresión es una cita de José Carlos Fernández Rozas.

¹⁸² La *armonización* se distinguiría de la *unificación* en la flexibilidad de aquélla, ya que no implica la adopción por varios países de un texto común (por ejemplo, los tratados), sino una aproximación gradual entre sistemas jurídicos en lo que respecta a una determinada materia.

resultado comparativo entre las distintas legislaciones pueda ser finalmente bastante disímil.

En lo que tiene que ver con la esfera privada, ha sido un tema recurrente en los últimos años, para la doctrina especializada, el debate sobre la supuesta resurrección de la llamada *lex mercatoria*. Esta denominación, que en su utilización primigenia sirvió para designar a “una forma de regulación jurídica surgida de la clase mercantil, en su fase de nacimiento y expansión durante la Edad Media, como una forma de respuesta ante la incapacidad del derecho romano de colocarse como fuente normativa de frente a una actividad que tendía a desarrollarse en espacios jurídicos muy amplios (...)”¹⁸³, hoy en día se estaría refiriendo, de manera análoga, a los modernos principios generales del derecho comercial internacional, surgidos éstos de la práctica mercantil y fuera del alcance del poder regulatorio de los derechos nacionales. Los trabajos del instituto de derecho privado UNIDROIT¹⁸⁴ son mencionados como una de las fuentes más importantes de esta “nueva” *lex mercatoria*; de manera muy particular: los *Principios relativos a los contratos de comercio internacional* (en adelante, “Principios UNIDROIT”), publicados originalmente en 1994 y reformulados, posteriormente, en 2004.

Más allá de la polémica sobre los términos *lex mercatoria*¹⁸⁵, lo cierto es que al menos los Principios UNIDROIT van tomando fuerza como reglas aplicables a los contratos mercantiles internacionales, no solamente por parte de tribunales

¹⁸³ RENTERÍA DÍAZ, Adrián, “Nueva *lex mercatoria* y globalización”, p. 202-203, en SILVA, Jorge Alberto (coord.), *Estudios sobre lex mercatoria*, IIJ–UNAM, México, 2006, serie Doctrina Jurídica N° 319, pp. 201-224.

¹⁸⁴ UNIDROIT es el acrónimo que designa al Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, organización intergubernamental independiente con sede en Roma, y cuyo objeto es el estudio de los medios para la modernización, armonización y coordinación del derecho privado, en particular el derecho comercial, entre los Estados. [Véase el sitio oficial de UNIDROIT en Internet: <www.unidroit.org> (Consulta: 12 de febrero de 2009)].

¹⁸⁵ La polémica más importante referida al tema es de contenido ideológico. En esencia, la crítica apunta a que detrás del fortalecimiento del uso del concepto de *lex mercatoria* giran los intereses de las grandes empresas transnacionales, que desean debilitar cada vez más la posibilidad de los Estados de regular jurídicamente el comercio internacional y controlar así que éste no favorezca exclusivamente a los actores más poderosos. Para una visión crítica, cfr. RENTERÍA DÍAZ, “Nueva *lex mercatoria* y globalización”, ob. cit., p. 220-224.

arbitrales, sino también por parte de jueces y tribunales ordinarios, nacionales e internacionales¹⁸⁶.

La característica más notoria, evidentemente, es que los Principios UNIDROIT no poseen, *a priori*, ninguna fuerza vinculante (no son, claro está, un tratado internacional), y su aplicación está condicionada a que las partes involucradas hayan pactado en el respectivo contrato que aquellos fungirían como normas de derecho aplicable, ya sea de manera exclusiva o en complemento con un derecho nacional¹⁸⁷. Pero además, según el propio preámbulo del texto, los mismos pueden ser utilizados para interpretar o complementar instrumentos internacionales o leyes nacionales de la materia, siendo igualmente aptos como modelo para legisladores nacionales e internacionales (esto es, como si fueran una ley modelo). Con todo lo cual, queda demostrada la amplitud de la proyección de su utilidad.

Los citados procesos y mecanismos, de las esferas pública y privada, apuntan en esencia a conseguir un objetivo principal: la reducción de la incertidumbre jurídica que genera una contratación internacional. Incertidumbre que está dada por el hecho de que, al aparecer un elemento foráneo en la transacción (domicilio, residencia, nacionalidad, lugar de cumplimiento del objeto, entre otros), surge la duda acerca de cuál es la jurisdicción competente, qué derecho será el aplicable y, en última instancia, cómo se interpretarán las reglas a ser aplicadas. Problemas que tradicionalmente, al menos los dos primeros, recaían bajo la esfera de soluciones del derecho internacional privado

¹⁸⁶ La base de datos UNILEX, que reúne información jurisprudencial de todo el mundo sobre los Principios UNIDROIT y sobre la Convención de Compraventa Internacional de Mercaderías, informa acerca de unos 59 casos judiciales en los que se citan los Principios UNIDROIT, así como 115 casos de naturaleza arbitral, lo que da a la fecha un total de 174 casos [Véase el sitio de UNILEX en Internet: <www.unilex.info> (Consulta: 13 de febrero de 2009)].

¹⁸⁷ El preámbulo de los Principios UNIDROIT incorpora, en nota al pie, cláusulas modelo que las partes pueden incluir en el contrato para regirse por ellos. Cabe resaltar que, no obstante, los mismos pueden ser también aplicados en el caso de que las partes no hayan escogido un derecho aplicable o se hayan referido a “los principios generales del derecho”, la “*lex mercatoria*” o expresiones semejantes.

(en adelante, "DIPr") de cada país; en el caso específico del derecho aplicable, bajo el método de los conflictos de leyes¹⁸⁸.

En efecto, como afirma PEREZNIETO CASTRO, "(l)a concepción tradicional asigna al DIPr el estudio del método de los conflictos de leyes"¹⁸⁹, lo cual en cierto modo representa una idea ya demasiado restrictiva, puesto que hoy en día "el objeto del DIPr es el estudio de los diversos métodos que se emplean para la resolución de problemas derivados del tráfico jurídico privado internacional"¹⁹⁰, entre los cuales se encuentran, además del método conflictual tradicional: a) las *normas de aplicación inmediata* (normas obligatorias, de orden público para el DIPr, que impiden la aplicación del derecho extranjero o la disposición voluntaria de particulares sobre las mismas, y que están generalmente vinculadas con la organización financiera estatal); b) las *normas materiales* y el *derecho uniforme* (normas de origen interno que resuelven directamente el fondo de un asunto derivado del tráfico jurídico internacional, y normas establecidas en instrumento internacional que regulan las relaciones jurídicas de los particulares desarrolladas en el ámbito internacional); c) la *lex mercatoria* (sobre la que ya se expuso); y d) las normas referidas a *conflictos de competencia judicial* (destinadas a determinar la competencia de los jueces ante un caso internacional)¹⁹¹.

Centraremos seguidamente nuestra atención en el método del derecho uniforme, que no es sino la aplicación de los tratados y convenciones internacionales correspondientes a la materia, fruto del proceso de unificación jurídica ya descrito previamente. Lo importante aquí es aclarar que dicho método se refiere, en particular, a los instrumentos internacionales que contienen normas sustantivas (derecho material), puesto que los que contienen reglas de

¹⁸⁸ El método de los conflictos de leyes, el más tradicional e importante del DIPr, se basa en normas jurídicas (de derecho interno o internacional) que indirectamente resuelven un problema derivado del tráfico jurídico internacional, a través de la determinación del derecho aplicable.

¹⁸⁹ PEREZNIETO CASTRO, Leonel, *Derecho internacional privado. Parte general*, Oxford, México, octava reimpression de la octava edición (2003), 2008, p. 15.

¹⁹⁰ *Ídem*.

¹⁹¹ Para una descripción detallada de todos estos métodos, cfr. *Ibidem*, pp. 215-272.

conflicto (la mayoría de los instrumentos, principalmente los más antiguos), sirven para resolver los problemas de DIPr según el método conflictual tradicional.

La ya mencionada Convención de Compraventa Internacional de Mercaderías es un excelente ejemplo de fuente de derecho uniforme. La misma contiene normas sustantivas de aplicación para los contratos de compraventa internacional de mercaderías, siempre y cuando los Estados donde tuvieren su establecimiento las partes sean Estados Contratantes de la Convención, o cuando las normas de DIPr prevean la aplicación de la ley de un Estado Contratante.

La proliferación cada vez más acentuada (con éxitos y fracasos) de instrumentos de derecho uniforme, sumada a la aplicación cada vez más extendida de los principios y reglas que integran la denominada *lex mercatoria*, hace que algunos hablen incluso de la existencia de un *derecho transnacional*¹⁹², aplicable a la regulación del comercio internacional. No obstante, los términos para designar al fenómeno son confusos. Se suele identificar al “derecho transnacional” exclusivamente con la *lex mercatoria* (excluyendo al derecho uniforme); o bien, se ha pretendido como contrapartida incluir bajo el concepto de *lex mercatoria* a los usos y principios del comercio internacional en conjunto con los tratados y convenciones que contienen derecho material.

Frente a dichas expresiones, se va imponiendo con el uso una distinción más sencilla para designar a las fuentes de lo que preferiremos llamar “derecho de la contratación internacional” o, más específicamente, “derecho mercantil

¹⁹² SILVA menciona como uno de los sostenedores de dicha denominación a Klaus Peter Berger (autor de un artículo titulado “Transnational Commercial Law in the Age of Globalization”). Cfr. SILVA, Jorge Alberto, “Resurgimiento de la *lex mercatoria*”, p. 253 (nota al pie 42), en SILVA (coord.), *Estudios sobre lex mercatoria*, ob. cit., pp. 225-285. Adherimos a su crítica de que la expresión “derecho transnacional” sugeriría erróneamente un total desprendimiento de éste con respecto a los derechos estatales.

internacional”¹⁹³: *hard law* versus *soft law*. La primera (“derecho duro”, en inglés), estaría referida a las fuentes de origen estatal (por ejemplo, los instrumentos de derecho uniforme); la segunda (“derecho blando”, en inglés), en contraposición, consistiría en las fuentes de origen no-estatal, identificándose así con la *lex mercatoria*, pero evitando los inconvenientes terminológicos de esta última.

Ahora bien, hay algo que resulta importante aclarar con respecto a la *soft law*, y es que la ligazón con el derecho estatal no está del todo cortada, ya que, en última instancia, para que aquella pueda tener efecto sobre una relación contractual internacional, primeramente el derecho aplicable a esta relación (a ser determinado por el DIPr a través del método conflictual) debe permitir a las partes optar por dichas reglas, esto es, debe reconocer la “autonomía de la voluntad” de los contratantes, en materia de DIPr.

Como corolario de todo lo expuesto, sostenemos que para tener un panorama cabal de la situación de la contratación internacional en la era de la globalización económica, hay que complementar al tradicional sistema de leyes de conflicto, propio del DIPr clásico, con los fenómenos emergentes que representan los instrumentos internacionales de derecho uniforme y la llamada *soft law* o *lex mercatoria*.

Todo eso sin olvidar, como nota importante, que así como hemos hablado en general de un proceso *global*, éste se compone además de otros procesos de menor escala —pero no por ello menos relevantes—, que son los esquemas de integración regional. Así, por citar sólo el caso del continente americano, el

¹⁹³ El derecho mercantil internacional, entendido como “el conjunto de normas jurídicas que rigen las operaciones comerciales realizadas por particulares cuyos intereses se sitúan en Estados diferentes” (José Carlos Fernández Rozas), debe abarcar también, según PIEDECASAS al llamado “Estado comerciante” y a las demás organizaciones de todo tipo que desarrollan actividades comerciales o celebran contratos comerciales internacionales. Cfr. PIEDECASAS, Miguel A., “Contratos comerciales internacionales”, p. 375, en ADAME GODDARD, Jorge (coord.), *Derecho privado. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, IJ-UNAM, México, 2005, serie Doctrina Jurídica N° 218, pp. 375-404.

TLCAN o el Mercosur representan para sus países miembros experiencias de homogeneización jurídica que guardan, en una proporción regional, características similares a las descritas para el proceso a nivel mundial.

Además hay que mencionar que Latinoamérica posee, de manera muy particular, una ya amplia tradición convencional en el área del DIPr. Una tradición que se remonta a las últimas décadas del siglo XIX¹⁹⁴ y que se vio fortalecida con la celebración, a instancias de la Organización de Estados Americanos (OEA), de las Conferencias Especializadas Interamericanas de Derecho Internacional Privado (más conocidas por sus siglas “CIDIP”), la primera de las cuales se realizó en la Ciudad de Panamá en 1975.

Fruto del trabajo de las CIDIP (hubo seis conferencias hasta la fecha), han visto la luz veintiséis instrumentos internacionales, algunos de ellos de amplio uso, entre los que se cuentan convenciones, protocolos, documentos uniformes y leyes modelo¹⁹⁵. Uno que interesa de manera particular, por su relación con el tema en exposición, es la *Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los Contratos Internacionales* (conocida también como “Convención de México”), adoptada en el marco de la CIDIP-V, celebrada en la Ciudad de México en 1994.

A pesar del escaso número de ratificaciones obtenidas hasta ahora¹⁹⁶, dicho instrumento se perfila como un novedoso mecanismo de unificación del derecho de la contratación internacional en América, ya que si bien el mismo es básicamente un intento, en lo que se refiere a los contratos internacionales, de uniformar las soluciones de derecho aplicable (método de los conflictos de

¹⁹⁴ El Tratado sobre Derecho Internacional Privado de Lima, de 1878, fue el primer tratado sobre DIPr que conoció el mundo. Luego se suscribieron, en 1889, los célebres “Tratados de Montevideo”, un total de ocho convenciones más un protocolo sobre una amplia gama de temas relacionados al DIPr. (Cfr. PEREZNIETO CASTRO, *Derecho internacional privado. Parte general*, ob. cit., p. 27).

¹⁹⁵ Véase el sitio oficial de la Secretaría de Asuntos Jurídicos de la OEA en Internet: <www.oas.org/DIL/esp/secretaria_asuntos_juridicos.htm>, en particular la página sobre DIPr. (Consulta: 14 de febrero).

¹⁹⁶ De los cinco países signatarios de la Convención (Bolivia, Brasil, México, Uruguay y Venezuela), solamente México y Venezuela la han ratificado.

leyes), ofrece asimismo una apertura, según MORENO RODRÍGUEZ, “hacia soluciones substantivas o materiales que permitirían la aplicación de un derecho uniforme, evitándose así el laberinto conflictual”¹⁹⁷.

Es así que, en definitiva, una operación de *joint venture* internacional (en la que intervienen partes cuyos establecimientos o intereses se encuentran en más de un Estado), deberá necesariamente tomar en consideración el complejo panorama jurídico de la contratación internacional, debiendo atender en consecuencia a lo dispuesto por los sistemas de DIPr del lugar (o lugares) donde se desarrollará la referida relación contractual, pues ello determinará tanto el derecho aplicable como la jurisdicción competente. Asimismo, por las razones ya expuestas, los denominados “principios generales del comercio internacional” o *soft law*, deberán también ser analizados en lo que corresponda, ya que incluso, en el caso de que el derecho aplicable así lo permita en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, las partes podrían seleccionar a dichas fuentes como “reglas de derecho” aplicables a la relación¹⁹⁸.

4.1.2 El derecho aplicable al contrato de *joint venture* internacional

4.1.2.1 Consideraciones previas

El contrato de *joint venture* internacional (que, en un sentido muy general, es aquél en el que al menos uno de sus elementos puede ser vinculado a un

¹⁹⁷ MORENO RODRÍGUEZ, *Temas de contratación internacional, inversiones y arbitraje*, ob. cit., p. 148.

¹⁹⁸ Un dato importante de mencionar es que un sector de la *soft law* está integrado también por determinadas cláusulas y contratos “modelo” elaborados por organizaciones internacionales dedicadas al derecho comercial internacional. A través de los mismos, se pretende ofrecer una guía común con respecto a ciertas figuras mercantiles de asidua utilización en el tráfico jurídico internacional. Así es que el Centro de Comercio Internacional (CCI, organismo mixto de cooperación de la UNCTAD y la OMC para los aspectos de fomento del comercio relacionados con la empresa) ha publicado, primeramente en 2004, unos *Acuerdos Modelo CCI de Joint Venture Contractual*, y luego en 2006, como complemento, unos *Acuerdos Modelo CCI de Joint Venture Corporativo*. Dichos textos, si lograran imponerse como referencia en el uso mercantil referido a las operaciones de *joint venture*, podrían convertirse en fuentes de homogeneización de la estructura básica de un contrato de *joint venture* internacional, ya sea éste contractual o corporativo (societario).

Estado distinto al de los demás) presenta en la práctica tres modalidades más frecuentes: a) Los *venturers* comparten una misma nacionalidad o lugar de establecimiento, pero la ejecución del contrato se realiza en un Estado distinto; b) Los *venturers* poseen diferentes nacionalidades o tienen su lugar de establecimiento en Estados distintos y la ejecución del contrato se realiza en alguno de dichos Estados; y c) Los *venturers* poseen diferentes nacionalidades o tienen su lugar de establecimiento en Estados distintos y la ejecución del contrato se realiza en un tercer Estado, diferente a los demás.

Como se apreciará, las distintas tipologías expuestas ofrecen no pocas dificultades para la determinación del derecho aplicable. Sin embargo, a dichos inconvenientes (los cuales, en todo caso, son similares a los que ofrecen otros tipos de contratos internacionales) debe agregarse otro, intrínsecamente relacionado con la estructura de la figura del *joint venture*, que tiene que ver con la pluralidad de negocios conexos que puede albergar la relación principal.

Así, a la atipicidad propia del contrato bajo la mayoría de los sistemas jurídicos (o, en su caso, a la escasa regulación sobre el mismo), se suma lo que un sector de la doctrina denomina “atipicidad añadida”, esto es, “la imposibilidad de identificar un contenido negocial único”¹⁹⁹. En efecto, es frecuente encontrar suscritos —en calidad de satélites de contratos de *joint venture*— contratos de suministro, de agencia, de franquicia, de transferencia de tecnología, de licencia, e incluso de compraventa internacional, por citar solo algunos ejemplos. En el caso de *joint ventures* societarios, es de especial cuidado lo referente al contrato de sociedad que acompañará a la relación principal, así como los negocios parasociales relacionados.

Todo ello obliga a que la primera aseveración prudente a efectuar, con respecto al tema, sea la siguiente: no resulta posible determinar, *a priori*, un

¹⁹⁹ DE LA MADRID ANDRADE, Mario, “El derecho aplicable al contrato internacional de *joint venture*”, p. 343, en ADAME GODDARD (coord.), *Derecho privado...*, ob. cit., pp. 343-355. La expresión es una cita de Fernando Esteban de la Rosa.

punto de conexión seguro, que sirva para deducir una respuesta general a la pregunta sobre cuál es el derecho aplicable a un contrato de *joint venture* internacional. La solución surgirá más bien del análisis de la tipología que adopte la figura en cada caso específico y, derivado de ello, de las normas de tipo material y conflictual aplicables según el DIPr interno o convencional que corresponda. Aun así, es posible formular una serie de consideraciones generales que sirvan para orientar el estudio del problema, antes de pasar revista al enfoque desde un derecho nacional en particular:

a) La relación jurídica de un *joint venture* está reglamentada, en su mayor parte, por lo dispuesto en el contrato mismo que la generó. Esto se desprende principalmente del hecho de su atipicidad o regulación escasa, lo que hace que las partes involucradas tengan un amplio margen de maniobra para normar sus relaciones²⁰⁰. El mismo criterio se aplicaría a los contratos satélites que consistan en figuras asimismo atípicas, no así a aquellos que involucren figuras tipificadas por el derecho que resulte aplicable, en cuyo caso habrá que observar de manera muy especial las disposiciones consideradas de orden público y, por lo tanto, de cumplimiento obligatorio para las partes. Esto último es particularmente importante en relación con el *joint venture* societario, ya que el derecho del lugar donde se constituya la sociedad conjunta prevalecerá sobre cualquier otro, al menos en lo referente a la constitución y funcionamiento de dicha sociedad, más allá de lo que ocurra con el contrato de base del *joint venture*.

b) Además de las limitaciones obvias que imponen las disposiciones de orden público a la autonomía de la voluntad al momento de convenir las reglas de una relación contractual, se debe tener en cuenta que el contrato no puede prever todas las posibles vicisitudes de dicha relación, por lo que es imperiosa la necesidad de acudir a un derecho aplicable en caso de surgir una controversia. En ese sentido, es ya frecuente en muchos sistemas jurídicos que

²⁰⁰ *Vide supra* 3.1.1.

se permita a las partes escoger el derecho que deseen que rija al contrato. Esa es, en efecto, la postura adoptada por los instrumentos convencionales internacionales más novedosos en la materia, entre los que se encuentra la ya mencionada Convención de México, aprobada en la CIDIP-V, y su fuente de inspiración europea: el Convenio sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales, también conocido como “Convenio de Roma”²⁰¹. En el caso de la Convención de México, que es la que más nos interesa por pertenecer al ámbito interamericano, la expresión “derecho aplicable” puede comprender incluso los usos internacionales y los principios de comercio internacional, esto es, la denominada *lex mercatoria* o *soft law*²⁰². En dicho caso, se estaría dando una solución *material* al problema; sin embargo, no todos los derechos nacionales permiten tal margen de libertad de elección, y la Convención de México tiene hasta el momento apenas dos ratificaciones.

c) Incluso admitiendo la posibilidad de que las partes escojan el derecho aplicable, se debe prever la solución en caso de que las mismas omitan hacerlo, o que su elección sea nula por algún motivo. La Convención de México desarrolla, en ese sentido, un concepto novedoso que intenta establecer un criterio amplio para encontrar un punto de conexión con un derecho aplicable: el denominado *principio de los vínculos más estrechos*²⁰³. Al contrario de lo ocurrido con el Convenio de Roma, en el instrumento interamericano no se relaciona al vínculo más estrecho con otro concepto que intenta precisarlo: la *prestación característica*. En consecuencia, el eventual tribunal competente en una controversia tendría la posibilidad de contar con un vasto rango de discrecionalidad para evaluar “(...) todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar el derecho del Estado con el

²⁰¹ Dicho instrumento fue abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980. En su artículo 3.1 prescribe que: “Los contratos se regirán por la ley elegida por las partes (...)”.

²⁰² Cfr. MORENO RODRÍGUEZ, *Temas de contratación internacional, inversiones y arbitrajes*, pp. 167-168.

²⁰³ El artículo 9 de la Convención de México, en su primera parte, dispone que: “Si las partes no hubieran elegido el derecho aplicable, o si su elección resultara ineficaz, el contrato se regirá por el derecho del Estado *con el cual tenga los vínculos más estrechos*.” (Las cursivas son nuestras).

cual tiene vínculos más estrechos”²⁰⁴. Dicho método es conveniente para un contrato complejo como el de *joint venture*, pues permite al juzgador realizar una evaluación integral de todos los elementos del mismo, para conectarlo con algún derecho aplicable. En contrapartida, encontrar dicha conexión a través de una “prestación característica” se convertiría en un intento sumamente confuso, precisamente por la mencionada complejidad del objeto contractual.

d) Otra novedad incluida tanto en el Convenio de Roma como en la Convención de México es la posibilidad de que distintas partes del contrato internacional se rijan respectivamente por diferentes derechos, lo que se conoce con la voz francesa de *dépeçage* (en español, “desmembramiento”). El mismo puede ocurrir tanto por voluntad de los contratantes, como por criterio del aplicador del derecho si “una parte del contrato fuera separable del resto del contrato y tuviese una conexión más estrecha con otro Estado”²⁰⁵. Consideramos que, en lo que respecta al *joint venture*, el *dépeçage* puede resultar atractivo; sin embargo, su aceptación tampoco está extendida a todos los sistemas jurídicos y, en los casos en que así resulta, debe cuidarse de que a través de su implementación no se incurra en fraude a la ley, o se pierda la homogeneidad mínima razonable de derecho aplicable a la relación. En ese sentido, la Convención de México aclara que, en el caso de desmembramiento decidido por el aplicador del derecho, el mismo reviste de excepcionalidad²⁰⁶.

e) Precisamente, como contrapunto de la posibilidad de efectuar el *dépeçage*, se coloca el tema de la *conexidad* entre el contrato de base y los contratos satélites. SIERRALTA RÍOS explica que “(e)stos contratos satélites están dentro del ámbito general del *joint venture*; es decir, de los ‘contratos de comunión de intereses’”²⁰⁷. Si bien el tópico está más relacionado a cuestiones de interpretación (específicamente, a cómo interpretar las disposiciones de los

²⁰⁴ Convención de México, artículo 9.

²⁰⁵ Convención de México, artículo 9, *in fine*.

²⁰⁶ *Ídem*.

²⁰⁷ SIERRALTA RÍOS, *Joint venture internacional*, ob. cit., p. 243.

contratos conexos en virtud de las intenciones expresadas en el principal) que de derecho aplicable, para que la conexidad pueda tener un efecto más previsible es preferible que toda la relación se rija, en lo posible, por un derecho homogéneo y, en todo caso, que el desmembramiento no sea abusivo. Todo ello, claro está, teniendo siempre en cuenta la posibilidad de que determinadas partes del contrato de base o de los satélites puedan caer bajo disposiciones de orden público, que deberán en su caso ser respetadas.

4.1.2.2 Derecho aplicable al contrato de *joint venture* internacional según el sistema de derecho internacional privado mexicano

La contratación internacional, al igual que en la mayoría de los países, está regulada en México tanto por disposiciones de DIPr interno, como también por preceptos emanados de tratados y convenciones internacionales sobre la materia, que el Estado mexicano ha ratificado en su oportunidad y, por lo tanto, incorporado a su sistema jurídico²⁰⁸.

a) Derecho interno

En lo que se refiere al derecho interno, las disposiciones dirigidas a regular la contratación internacional son escasas²⁰⁹; de entre ellas, resalta como la más importante la contenida en el artículo 13 del CCF (en su fracción V), que expresa lo siguiente:

La determinación del derecho aplicable se hará conforme a las siguientes reglas:

(...) V. Salvo lo previsto en las fracciones anteriores, los efectos jurídicos de los actos y contratos se regirán por el derecho del lugar en donde deben ejecutarse, a

²⁰⁸ La validez de los instrumentos internacionales, debidamente aprobados, para el sistema jurídico mexicano, se basa en el artículo 133 constitucional que dispone: “Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y *todos los tratados que estén de acuerdo con la misma*, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la ley suprema en toda la Unión (...)” (Las cursivas son nuestras).

²⁰⁹ Cfr. PEREZNIETO CASTRO, Leonel y Jorge Alberto SILVA SILVA, *Derecho internacional privado. Parte especial*, Oxford, México, segunda edición, 2007, pp. 511-523.

menos de que las partes hubieran designado válidamente la aplicabilidad de otro derecho.

Así, la norma echa mano, en primer lugar, del antiguo principio *lex loci executionis*, que implica que los contratos (y actos jurídicos en general) se regirán por el derecho del lugar establecido para su ejecución. Esta solución, si bien parece clara *a priori*, representa no pocos inconvenientes en el caso de un contrato de *joint venture*, el cual puede abarcar numerosas prestaciones a ser ejecutadas en distintos Estados. Al respecto, ya habíamos adelantado que para esta figura resulta complicado establecer lo que se denomina una “prestación característica”²¹⁰, esto es, aquélla que diferencie claramente al *joint venture* de otros contratos, razón por la cual consideramos que, en dichos casos, puede analizarse más bien cuál es la prestación más compleja (por ejemplo, la constitución de una sociedad frente a otras prestaciones que le son accesorias), lo que además puede entenderse como una guía para identificar aquello que ciertos instrumentos internacionales —como la Convención de México, que está integrada al sistema jurídico mexicano— denominan “vínculo más estrecho”.

Por otra parte, establece la citada fracción V que si las partes hubieran designado un derecho para regir su relación, éste deberá ser tenido en cuenta. Dicho reconocimiento a la autonomía de la voluntad, en materia de elección de derecho aplicable, acarrea consecuencias importantísimas. Implica, en primer lugar, que en un contrato de *joint venture* las partes podrían escoger no sólo el derecho del Estado al que una de ellas se encuentra vinculada, sino incluso el derecho de un tercer Estado sin vínculos directos con la relación²¹¹. Pero además surge la pregunta de si está permitido a los contratantes escoger como “derecho” únicamente a los principios generales del comercio internacional, a la

²¹⁰ *Vide supra*, 4.1.2.1.

²¹¹ PEREZNIETO CASTRO y SILVA afirman que, por el sentido en el que está planteada la disposición, una elección con criterio tan amplio (como la de escoger el derecho de un tercer Estado) podría ser invalidada “en virtud de que no habría una relación directa entre el derecho elegido por las partes y el contrato”. No obstante, los autores admiten luego que “a la luz de los acontecimientos actuales” los tribunales mexicanos podrían optar por validar dicho criterio. (PEREZNIETO CASTRO y SILVA, *Derecho internacional privado. Parte especial*, ob. cit., p. 521).

lex mercatoria, a los Principios UNIDROIT o reglas semejantes. Es sin duda una cuestión que seguirá provocando polémica en la doctrina y que, lentamente, irá siendo abordada por la jurisprudencia. Sin embargo, sostenemos que sí sería factible que los *venturers* propongan reglas de *soft law* como complemento del derecho aplicable elegido, sobre todo a efectos de lograr una interpretación conforme a los usos y las prácticas del comercio internacional.

No obstante, la elección de un derecho aplicable estará siempre sujeta a que las disposiciones de éste no contravengan normas de orden público interno y a que las partes no hayan actuado en fraude a la ley²¹². En ese sentido, el artículo 15 del CCF es claro al prescribir que no se aplicará el derecho extranjero: “I. Cuando artificiosamente se hayan evadido principios fundamentales del derecho mexicano, debiendo el juez determinar la intención fraudulenta de tal evasión; y II. Cuando las disposiciones del derecho extranjero o el resultado de su aplicación sean contrarios a principios o instituciones fundamentales del orden público mexicano”. Asimismo deberán tenerse en cuenta las barreras impuestas por las normas de aplicación inmediata de derecho interno.

Ahora bien, todo lo dicho se relaciona con el derecho aplicable a los efectos jurídicos del contrato. Sin embargo, en lo que se refiere a la forma del mismo, se aplica otro principio, el de *locus regit actum*. Esto se desprende de la fracción IV del artículo 13 del CCF, que prescribe: “La forma de los actos jurídicos se regirá por el derecho del lugar en que se celebren (...)”. Como ya se estudió en el capítulo anterior²¹³, el contrato de *joint venture* es en el derecho mexicano un contrato atípico, por lo que, en principio, no requiere (al menos el contrato de base) de ninguna formalidad para su formación, más allá de la recomendación obvia de que conste por escrito, por la seguridad jurídica que ello implica en materia de pruebas.

²¹² El fraude a la ley consiste “en emplear el mecanismo conflictual para lograr un resultado que, de otra manera, normalmente no sería posible, es decir, mediante el cambio voluntario de los puntos de contacto”. (PEREZNIETO CASTRO, *Derecho internacional privado. Parte general*, ob. cit., p. 207).

²¹³ *Vide supra*, 3.1.2.

Sin embargo, pudiera ocurrir que el contrato se celebre en el extranjero y el lugar de su ejecución fuera México. En ese caso, el instrumento deberá cumplir con las formalidades que establezca el derecho del lugar de su celebración, para considerarse válido. Además, debe tenerse en cuenta que en una operación de *joint venture* están generalmente coligados varios contratos entre sí, por lo que el principio se aplicaría no sólo al contrato de base, sino también a los satélites, pudiendo ocurrir que fueran celebrados cada uno de ellos en distintos lugares y, por ende, con diferentes requisitos para su formación, existencia y validez.

En lo que se refiere a la capacidad de los contratantes, hay que distinguir entre personas físicas y morales. Con respecto a las primeras, la fracción II del artículo 13 del CCF establece que su capacidad "(...) se rige por el derecho del lugar de su domicilio". Con respecto a las segundas, el artículo 2736 del mismo código se ocupa en particular de las personas morales extranjeras de naturaleza privada, al prescribir que su capacidad (como así también su existencia, funcionamiento, transformación, disolución, liquidación y fusión) se regirá "por el derecho de su constitución, entendiéndose por tal, aquél del estado en que se cumplan los requisitos de forma y fondo para la creación de dichas personas".

La regulación de las personas morales extranjeras es de suma importancia en el análisis del derecho aplicable al contrato de *joint venture* internacional, por el hecho de que el mismo es generalmente un contrato celebrado entre sociedades ya constituidas (de entre las cuales una al menos será extranjera). Al respecto, el citado artículo 2736 del CCF debe ser complementado con disposiciones de la LGSM²¹⁴; en particular, las contenidas en el capítulo dedicado a las "sociedades extranjeras" (capítulo XII). Como principio general, el artículo 250 establece que: "Las sociedades extranjeras legalmente constituidas

²¹⁴ Como ya se estudió previamente (*vide supra*, 3.2), el contrato de *joint venture*, más aún el internacional, se reviste casi siempre de naturaleza mercantil. En ese sentido, implica la realización de actos de comercio. Es por ello importante señalar cuáles son los requisitos para que las personas morales extranjeras puedan realizar dichos actos en territorio mexicano.

tienen personalidad jurídica en la República”. En concordancia con lo que se expuso inmediatamente antes, la expresión “legalmente constituidas” se debe entender según el derecho del lugar de su constitución. Con este condicionamiento, el derecho mexicano reconoce la existencia (la “personalidad jurídica”) de estas personas morales y, por lo tanto, su capacidad de celebrar actos de comercio aislados y defender sus derechos ante los tribunales. Pero, ¿qué sucede si una persona moral extranjera desea establecerse en México para el ejercicio *habitual* del comercio? El artículo 251 de la LGSM dispone que: “Las sociedades extranjeras sólo podrán ejercer el comercio desde su inscripción en el Registro”. A su vez se condiciona dicha inscripción a la autorización previa de la Secretaría de Economía, sujeta a los términos de los artículos 17 y 17 A de la Ley de Inversión Extranjera²¹⁵ (en adelante, “LIE”).

Por otra parte, lo más común en los contratos de *joint venture* internacional de tipo societario o corporativo, es que la sociedad extranjera establezca como medio de ejecución del objeto contractual la creación de una nueva persona moral en el país receptor de la inversión, en conjunto con el socio local o extranjero. Esta participación del capital extranjero en sociedades constituidas en México también encuentra una regulación importante en la LIE.

En efecto, los inversionistas extranjeros²¹⁶ tienen vedada o limitada su participación en tres sectores de la economía nacional que son: las actividades reservadas de manera exclusiva al Estado (actualmente once²¹⁷); las actividades reservadas sólo a mexicanos o a sociedades mexicanas con cláusula de exclusión de extranjeros (actualmente cinco²¹⁸); y las actividades y adquisiciones

²¹⁵ Los requisitos del artículo 17 A son: “a) Que dichas personas comprueben que están constituidas de acuerdo con las leyes de sus país; b) Que el contrato social y demás documentos constitutivos de dichas personas no sean contrarios a los preceptos de orden público establecidos en las leyes mexicanas; y c) (...) que se establezcan en la República o tengan en ella alguna agencia o sucursal (...).

²¹⁶ El artículo 2º, fracción III de la LIE define al *inversionista extranjero* como “la persona física o moral de nacionalidad distinta a la mexicana y las entidades extranjeras sin personalidad jurídica”.

²¹⁷ Artículo 5º, LIE.

²¹⁸ Artículo 6º, LIE.

con regulación específica, en las que se establecen porcentajes de participación²¹⁹. Las disposiciones de la LIE son de orden público y, por ende, de cumplimiento obligatorio en toda la República²²⁰. Los actos, convenios o pactos sociales y estatutarios declarados nulos por la Secretaría de Economía, por ser contrarios a lo establecido en la LIE, no surtirán efectos legales entre las partes ni se podrán hacer valer ante terceros²²¹.

b) *Derecho convencional internacional*

En materia estrictamente de contratación internacional, existe un instrumento importante del ámbito interamericano que la aborda. Nos referimos a la *Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los Contratos Internacionales*, ya mencionada más arriba, que es conocida también como Convención de México.

Este instrumento introduce una serie de novedosos enfoques al sistema de conflictos de leyes de fuente convencional, en un esfuerzo además por unificar criterios en la regulación de la contratación internacional en el continente americano. A pesar de que México ya la ha ratificado²²² y, por lo tanto, incorporado a su sistema jurídico, la Convención sólo es aplicable con respecto

²¹⁹ Artículo 7º, LIE. Los porcentajes permitidos son: hasta 10% en sociedades cooperativas de producción; hasta 25% en transporte aéreo nacional, transporte en aerotaxi y transporte especializado; y hasta 49% en otras quince actividades actualmente. Por otra parte, se especifican actividades y sociedades (doce en total) en las que la participación extranjera podrá superar el 49%, pero con autorización previa de la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras (artículos 8º y 9º, LIE).

²²⁰ Artículo 1º, LIE.

²²¹ Artículo 37, LIE.

²²² El Estado mexicano depositó el respectivo instrumento de ratificación ante la Secretaría General de la OEA el 15 de noviembre de 1996. En virtud del artículo 28 de la Convención, que prescribe que la misma entrará en vigor al trigésimo día a partir de la fecha en que hubiera sido depositado el segundo instrumento de ratificación (Venezuela había sido el primer país en ratificar la Convención), la entrada en vigencia se produjo el 15 de diciembre de 1996, para ambos Estados ratificantes. [Véase la siguiente página del sitio oficial de la Secretaría de Asuntos Jurídicos de la OEA en Internet: <<http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-56.html>> (Consulta: 21 de febrero de 2009)].

a Venezuela (el otro Estado parte hasta el momento). Aun así, conviene repasar sus disposiciones más importantes.

En lo que respecta al derecho aplicable, como ya se describió más arriba, la Convención de México admite el principio de la autonomía de la voluntad de las partes. Así, el artículo 7 dispone que:

El contrato se rige por el derecho elegido por las partes. El acuerdo de las partes sobre esta elección debe ser expreso o, en caso de ausencia de acuerdo expreso, debe desprenderse en forma evidente de la conducta de las partes y de las cláusulas contractuales, consideradas en su conjunto. Dicha elección podrá referirse a la totalidad del contrato o a una parte del mismo.

La selección de un determinado foro por las partes no entraña necesariamente la elección del derecho aplicable.

En primer lugar, cabe preguntarse si el “derecho elegido” pudiera consistir en un derecho no-estatal, esto es, una *soft law*. Ya se adelantó la opinión a favor de MORENO RODRÍGUEZ sobre el punto²²³. De todos modos, si se toma como complemento el artículo 10 del mismo instrumento, que prescribe que “(...) se aplicarán, cuando corresponda, las normas, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación (...)”, se puede identificar un reconocimiento expreso de la Convención a la existencia de dichas fuentes de origen no-estatal. Además, si nos remitimos precisamente al contenido de uno de los instrumentos de *soft law* más importantes para la contratación internacional, los Principios UNIDROIT 2004, los mismos incorporan cláusulas modelo de entre las cuales una de ellas permite incluso, en caso de que se la tome como guía, escoger como derecho aplicable solamente a los Principios, en exclusión de un derecho nacional²²⁴.

²²³ Cfr. Nota al pie 202.

²²⁴ Dicha cláusula modelo contiene la fórmula: “El presente contrato se rige por los Principios UNIDROIT (2004) [excepto en lo que respecta a los Artículos ...]”. Si las partes desearan pactar además la aplicación de un derecho nacional en particular, pueden incluir la siguiente fórmula:

Por otra parte, es de destacar que la elección del derecho aplicable puede ser no solamente expresa, sino tácita; esto, siempre y cuando se desprenda “en forma evidente” de la conducta de las partes y de las cláusulas contractuales consideradas en conjunto. Pero además, se introduce de forma manifiesta la posibilidad de recurrir al *dépeçage* (desmembramiento), esto es, seleccionar uno o más derechos aplicables a partes específicas del contrato. También le está permitido al aplicador del derecho, en virtud del artículo 9, realizar el *dépeçage*, aunque con criterio restrictivo.

Finalmente, el artículo 7 realiza una aclaración importante: que la selección de un determinado foro no implica necesariamente una elección de derecho aplicable; matizando en cierta medida el conocido aforismo “quien elige juez, elige derecho”, debido al tradicional apego de los tribunales a sus propias leyes. Sin embargo, la elección del foro podría tomarse como un indicio para deducir la preferencia de las partes hacia un determinado derecho aplicable, dentro de la posibilidad que tiene el aplicador de interpretar una elección tácita, como ya se expuso. Para el caso de que las partes no hayan escogido un derecho, expresa ni tácitamente, o la elección resultara ineficaz, la Convención propone como solución la aplicación del derecho del Estado con el cual el contrato tenga los “vínculos más estrechos”. Sobre el particular, nos remitimos a lo ya comentado previamente²²⁵.

Ahora bien, siendo que la Convención de México otorga una gran liberalidad a las partes en lo que a elección de derecho aplicable se refiere, conviene revisar qué disposiciones han sido incluidas para resguardar el orden público, tanto de los Estados con los que el contrato tenga vínculos, como también el denominado “orden público internacional”. Sobre todo es importante investigar

“El presente contrato se rige por los Principios UNIDROIT (2004) [excepto en lo que respecta a los Artículos ...], integrados cuando sea necesario por el derecho [del Estado “X”].

²²⁵ *Vide supra*, pp. 103-104.

qué tutela reciben las llamadas “partes débiles” en la contratación, como lo son por ejemplo los consumidores en los contratos celebrados por adhesión.

Al respecto, la Convención señala, en su artículo 5, qué cuestiones quedan fuera de su esfera de aplicación²²⁶. Los contratos celebrados o en que sean parte Estados, entidades u organismos estatales sí entran dentro del ámbito de aplicación de la Convención, a menos que las partes en el contrato la excluyan, o que el Estado parte en cuestión haya emitido una declaración al respecto²²⁷. Sin embargo, no se menciona nada acerca de los contratos que involucran a consumidores, como sí lo hace, por ejemplo, el Convenio de Roma²²⁸, en el ámbito europeo.

Un camino para solucionar dicha omisión podría ser que los Estados, al ratificar o adherirse a la Convención, y en uso de su derecho dispuesto por el artículo 1, *in fine*, de la misma²²⁹, declaren que el instrumento no se aplicará a contratos celebrados por consumidores. Nuestra razón para proponer su exclusión es que como dichos tipos de contratos son, generalmente, celebrados por adhesión, esto es, sin la posibilidad por parte de los consumidores de modificar los contenidos del mismo, podría incluirse una cláusula en la que de antemano esté elegido un derecho aplicable en el que la regulación de los contratos de consumo sea más benigna para las empresas y menos favorables

²²⁶ Son: a) las cuestiones derivadas del estado civil de las personas físicas, la capacidad de las partes o las consecuencias de la nulidad o invalidez del contrato que dimanen de la incapacidad de una de las partes; b) las obligaciones contractuales que tuviesen como objeto principal cuestiones sucesorias, cuestiones testamentarias, regímenes matrimoniales o aquellas derivadas de relaciones de familia; c) las obligaciones provenientes de títulos de crédito; d) las obligaciones provenientes de la venta, transferencia o comercialización de títulos en los mercados de valores; e) los acuerdos sobre arbitraje o elección de foro; y f) las cuestiones de derecho societario, incluso la existencia, capacidad, funcionamiento y disolución de las sociedades comerciales y de las personas jurídicas en general.

²²⁷ Artículo 1, Convención de México.

²²⁸ El Convenio de Roma regula de manera especial, en su artículo 5, los contratos celebrados por consumidores, estableciendo que el derecho aplicable no podrá producir el resultado de privar al consumidor de la protección que le aseguran las disposiciones imperativas de la ley del país en que tenga su residencia habitual, siempre y cuando se cumplan ciertos requisitos que el Convenio detalla.

²²⁹ Dicha parte señala: “Cualquier Estado parte podrá, al momento de firmar, ratificar o adherir a la presente Convención, declarar a qué clase de contratos no se aplicará la misma”.

a las partes débiles, los consumidores. A propósito, se debe tener en cuenta que una operación de *joint venture* bien puede implicar la ejecución de actividades que involucren la suscripción de numerosos contratos con consumidores, sobre todo en el caso de *joint ventures* dedicados a la comercialización de productos al detalle o a la comercialización de servicios.

Aun así, y sobre todo teniendo en cuenta que ni México ni Venezuela emitieron ninguna declaración al respecto al ratificar la Convención de México²³⁰, sostenemos que, de todos modos, el resguardo de las normas de aplicación imperativa (y las relativas a los derechos de los consumidores lo son) se puede garantizar a través de otras disposiciones contenidas en el instrumento.

En efecto, el artículo 11 de la Convención prescribe: “(...) se aplicarán necesariamente las disposiciones del derecho del foro cuando tengan carácter imperativo. Será discreción del foro, cuando lo considere pertinente, aplicar las disposiciones imperativas del derecho de otro Estado con el cual el contrato tenga vínculos estrechos”. En consecuencia, el aplicador del derecho necesariamente deberá atender a las normas de aplicación directa e imperativa (llamadas también “leyes de policía” por parte de la doctrina) del derecho de su propio foro que pudieran ser aplicables al contrato, más allá de que dicho derecho haya sido elegido o no por las partes. Además, si lo considera oportuno (estimamos que de acuerdo a criterios de justicia) podrá aplicar normas imperativas de alguno de los derechos vinculados estrechamente al contrato.

Consideramos que dichas disposiciones precautelan, siempre y cuando sean debidamente acatadas por los aplicadores del derecho, que las normas imperativas que correspondan a la relación contractual sean cumplidas. Así por ejemplo, cuestiones como la de los derechos de los consumidores deberán ser

²³⁰ México emitió una declaración, pero referida a otro aspecto: que la Convención no se aplicaría a los contratos a celebrarse por el Estado, sus entidades y organismos estatales, en los que actúe como ente soberano con potestad de derecho público, cuando la legislación mexicana prevenga la aplicación exclusiva del derecho nacional.

tenidas en cuenta²³¹. Por último, la Convención de México también contempla el resguardo del orden público del foro al establecer que el derecho aplicable podrá ser “excluido” cuando sea manifiestamente contrario a aquél²³².

Existen también otros instrumentos de fuente convencional, ratificados por México, que pueden interesar para el análisis del derecho aplicable a un contrato de *joint venture*, en este caso en su modalidad societaria. Al efecto, resalta en particular la *Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Sociedades Mercantiles*, principalmente por el hecho de estar también ratificada por Paraguay, país con el que estamos realizando el presente estudio comparado. Es por ello que diferiremos nuestros comentarios para el siguiente párrafo, que está dedicado al DIPr de dicho Estado.

4.1.2.3 Derecho aplicable al contrato de *joint venture* internacional según el sistema de derecho internacional privado paraguayo

En lo referido estrictamente a la contratación internacional, el sistema de DIPr paraguayo encuentra las principales fuentes de su regulación en las disposiciones de derecho interno, en razón de que, en lo que respecta a instrumentos de fuente convencional, el más importante y novedoso de ellos (la Convención de México) no ha sido suscrito aún. Sin embargo, existen otros instrumentos de DIPr ratificados por el Estado paraguayo, a ser abordados más adelante, que regulan ciertos aspectos relativos a los contratos internacionales y a las sociedades extranjeras (cuestión importante para el *joint venture* societario).

Así es que se analizarán primeramente las normas de derecho interno, para dilucidar en especial cuál es la posición asumida ante la cuestión de la

²³¹ En México el artículo 1 de la Ley Federal de Protección al Consumidor (LFPC) determina que la misma es “de orden público e interés social y de observancia en toda la República. Sus disposiciones son irrenunciables y contra su observancia no podrán alegarse costumbres, usos, prácticas, convenios o estipulaciones en contrario.

²³² Artículo 18, Convención de México.

autonomía de la voluntad en materia conflictual —tema que, como ya se ha descrito, resulta ineludible en su relación con los contratos internacionales— y luego, se verán las fuentes convencionales.

a) *Derecho interno*

Antes de abordar las disposiciones estrictamente referidas a los conflictos de leyes, es importante recordar que, de acuerdo con lo analizado en el capítulo anterior²³³, el contrato de *joint venture* es en el derecho paraguayo un contrato típico, regulado por una ley especial (la Ley 117, “De inversiones”), bajo la denominación de contrato de “riesgo compartido”, aunque admitiéndose también el nombre, más corriente en el uso internacional, de *joint venture*.

No obstante, la regulación referente a la figura es mínima, limitándose la ley a delinear simplemente sus aspectos básicos, con lo que en realidad la configuración de la relación queda librada a la voluntad de los contratantes. De hecho, el artículo 17 establece que los derechos y obligaciones de “riesgo compartido” se rigen por lo acordado en el respectivo contrato.

Por su parte, la disposición que merece especial atención es la referente a las personas extranjeras, naturales o jurídicas, que suscriben contratos de *joint venture*; respecto de las cuales el artículo 16 expresa que se regirán por el derecho paraguayo (entendemos que en cuanto a existencia y capacidad), y las obliga además a constituir su domicilio en el país. Son éstas dos importantes disposiciones de DIPr que analizaremos más adelante.

Es oportuno ahora tratar el tema de la autonomía de la voluntad en materia conflictual, esto es, en cuanto a la capacidad de las partes de elegir un derecho aplicable al contrato, cuestión distinta de la autonomía de la voluntad en sentido material, referida al margen de libertad que tienen las partes para configurar su

²³³ *Vide supra*, 3.1.3.

relación al interior del contrato, con los límites propios que imponen las disposiciones imperativas y el orden público.

En dicho sentido, si se estudian las normas que sobre la materia contiene el CCP, la cuestión de si las partes pueden elegir el derecho aplicable a un contrato internacional queda, en el mejor de los casos, signada por la duda. Al no existir una disposición explícita sobre el particular (como la del artículo 13, fracción V, del CCF mexicano), las opiniones deben sustentarse en interpretaciones hechas a partir de otras normas que regulan asuntos análogos. Así es que SILVA ALONSO ha afirmado, basándose en lo dispuesto en el artículo 715 del CCP²³⁴, que sería válida la elección de un derecho extranjero para regir un contrato a cumplirse en Paraguay, siempre y cuando dicho derecho no afecte “ni el orden público ni las buenas costumbres” del país²³⁵.

Sin embargo, consideramos al respecto, en coincidencia con DÍAZ DELGADO, que dicha afirmación no es correcta, ya que la autonomía admitida por el artículo 715 está claramente referida al contenido material de los contratos, no así al derecho aplicable (*autonomía conflictual*)²³⁶. Además, encontramos en el artículo 297 una disposición muy clara con respecto al derecho aplicable a los actos jurídicos (y, por ende, a los contratos):

Sin perjuicio de lo dispuesto en este Código sobre la capacidad o incapacidad de las personas, y sobre la forma de los actos, éstos serán **exclusivamente regidos**, sea cual fuere el lugar de su celebración, en cuanto a su formación, prueba, validez y efectos, **por las leyes de la República**, cuando hubieran de ser ejecutados en su territorio, o se ejercieren en él acciones por falta de su cumplimiento (...)²³⁷.

²³⁴ El artículo señala que las convenciones hechas en los contratos “forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma”.

²³⁵ Cfr. SILVA ALONSO, Ramón, *Derecho internacional privado*, Intercontinental, Asunción, octava reedición, 2007, p. 274.

²³⁶ Cfr. DÍAZ DELGADO, Rolando, “El derecho aplicable al fondo del contrato con cláusula de arbitraje”, pp. 225-226, en MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio (coord.), *Arbitraje y mediación*, Intercontinental – CAMP, Asunción, 2003, pp. 223-275.

²³⁷ Las negritas son nuestras.

Del mismo se desprende lo siguiente: Que, para el DIPr paraguayo de fuente interna, los contratos internacionales (excepto en lo relativo a la capacidad de los contratantes y a la forma) se rigen por el derecho de Paraguay siempre que su lugar de ejecución sea dentro del territorio de la República (principio *lex loci executionis*); pero también siempre que se recurra a sus tribunales para ejercitar alguna acción derivada del contrato (principio *lex fori*), lo cual despeja toda duda respecto de la autonomía conflictual, que claramente no se encuentra admitida.

Así por ejemplo, a un contrato de *joint venture* internacional, con respecto al cual suele ser en ocasiones complicado determinar un solo lugar de ejecución, de todos modos se le aplicaría el criterio subsidiario de la *lex fori*, siempre y cuando se ejerciten acciones relacionadas al mismo contrato ante tribunales paraguayos, con lo que cualquier elección que haya sido realizada de algún otro derecho aplicable (por ejemplo, el mexicano) quedaría invalidada.

Sin embargo, el sistema de DIPr paraguayo presenta la peculiaridad de que en contratos que tienen incluida una cláusula arbitral sí está admitida como válida la autonomía conflictual. Esto es así debido a que, con la sanción de la Ley N° 1879/2002, “De arbitraje y mediación” (en adelante, “Ley de Arbitraje y Mediación”), se dispuso, en virtud del artículo 32 de la misma, lo siguiente:

El tribunal arbitral decidirá el litigio de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes como aplicables al fondo del litigio. Se entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un estado determinado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese estado y no a sus normas de conflicto de leyes.

Si las partes no indicaran la ley aplicable, el tribunal arbitral aplicará la ley que determinen las normas de conflicto de leyes que estime aplicables.

(...) En todos los casos, el tribunal decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso.

A instancias del citado artículo, se pueden entresacar las siguientes premisas: a) está expresamente permitido a las partes escoger un derecho aplicable a un contrato con cláusula arbitral; b) no se especifica si la elección debe referirse a un derecho vinculado a alguno de los elementos del contrato, o si se puede seleccionar cualquier derecho estatal; consideramos que, a falta de aclaración, el último criterio más permisivo prevalece; c) tampoco se explicita la posibilidad de realizar el *dépeçage* del contrato, aunque la práctica mercantil en ese sentido y el uso de la expresión en plural “normas de derecho” avalan una interpretación favorable al mismo; sin embargo, reiteramos nuestro criterio de permitir el desmembramiento sólo excepcionalmente y siempre que no afectare la unidad racional y operativa que debe caracterizar a todo contrato; y d) con respecto a la posibilidad de escoger como derecho aplicable a una *soft law*, nos manifestamos en una postura intermedia: colegimos que de la mención de los “usos mercantiles” al final del artículo se produce un reconocimiento explícito de los mismos, con lo cual se admite su posible inclusión como “normas de derecho” aplicables al litigio, pero siempre y cuando las mismas estén complementadas con un derecho estatal, ya sea en función de una elección o de una norma de conflicto, con lo que manifestamos nuestro rechazo del llamado “contrato sin ley”²³⁸.

Es oportuno reiterar que el uso de la autonomía conflictual debe siempre ser realizado con las limitaciones propias que imponen el orden público y las normas de aplicación inmediata (“leyes de policía”) de los ordenamientos estatales con los que el contrato esté vinculado. Velar por ello será por supuesto una tarea de los aplicadores, en este caso los árbitros, a pesar de que es sabido que los tribunales arbitrales no siempre guardan el mismo celo por la observancia de las normas imperativas de los Estados, como sí es el caso de los tribunales ordinarios.

²³⁸ En la doctrina se suele utilizar la denominación “contrato sin ley” para designar el fenómeno de los contratos que pretenden no regirse por ningún derecho estatal, sino simplemente por sus cláusulas y por los usos y costumbres mercantiles.

Ahora bien, queda por detallar qué solución ofrecen las normas de conflicto del derecho paraguayo con respecto a la *forma* de los contratos y la *capacidad* de las partes intervinientes en él. En relación a lo primero, el artículo 23 del CCP establece que “(l)a forma de los actos jurídicos, públicos o privados, se rige por la ley del lugar de su celebración (...)”. Con esto que queda claro que se aplica el principio de *locus regit actum*, así como ocurre en el DIPr mexicano. En relación a lo segundo, distinguiremos a continuación entre personas físicas y personas jurídicas.

Así, la capacidad de hecho de las personas físicas domiciliadas en Paraguay, sean nacionales o extranjeras, se rige “por las disposiciones de este Código”, según el artículo 11 del CCP, “(...) aunque no se trate de actos ejecutados o de bienes existentes en la República”. Viceversa, la capacidad de hecho de las personas físicas domiciliadas fuera de Paraguay, se rige por “las leyes de su domicilio”, según el artículo 12, “(...) aunque se trate de actos ejecutados o de bienes existentes en la República”. En palabras más simples, se puede afirmar que el derecho del domicilio de las personas físicas es el que siempre determinará su capacidad para el derecho paraguayo, de igual manera a como dispone el artículo 13, fracción II del CCF mexicano.

Por su parte, el artículo 26 del CCP dispone que “(l)a existencia y capacidad de las personas jurídicas de carácter privado constituidas en el extranjero, se regirán por las leyes de su domicilio, aunque se trate de actos ejecutados o de bienes existentes en la República”. La disposición se complementa con el artículo 1196, que prescribe:

Las sociedades constituidas en el extranjero se rigen, en cuanto a su existencia y capacidad, por las leyes del país de su domicilio.

El carácter que revisten las habilita plenamente para ejercer en la República las acciones y derechos que les correspondan.

Mas, para el **ejercicio habitual** de actos comprendidos en el objeto especial de su institución, se ajustarán a las prescripciones establecidas en la República.

Las sociedades constituidas en el extranjero tienen su domicilio en el lugar donde esté el asiento principal de sus negocios. Los establecimientos, agencias o sucursales constituidas en la República se consideran domiciliados en ella en lo que concierne a los actos que aquí practiquen, debiendo cumplir con las obligaciones y formalidades previstas para el tipo de sociedad más similar al de su constitución.

Cabe emitir al respecto del citado artículo algunas consideraciones: a) se reafirma la aplicación del *derecho del domicilio* a la determinación de la existencia y capacidad de las personas jurídicas extranjeras; aquí el DIPr paraguayo se diferencia del mexicano en el sentido de que este último, recordemos, se decanta por el *derecho del lugar de constitución* (artículo 2736, CCF); b) si bien lo más común es que el lugar de constitución y el domicilio de una sociedad coincidan, es perfectamente posible que la misma se constituya en un país y fije su domicilio en otro; c) de todos modos, el criterio del lugar de constitución es el que consta en una convención internacional de la materia, vigente entre Paraguay y México, que se comentará más adelante; d) al cumplir con los requisitos del derecho de su domicilio en cuanto a capacidad, la sociedad extranjera obtiene el reconocimiento del derecho paraguayo para celebrar actos aislados y comparecer ante tribunales; e) no obstante, para el ejercicio habitual de actos relacionados con su objeto, la sociedad extranjera debe ajustarse a ciertas exigencias imperativas del derecho paraguayo, que son, según el artículo 1197 del CCP: establecer una *representación* o sucursal con domicilio en el país y justificar con documentos tanto dicha decisión, como el capital asignado y la designación de los representantes; f) por supuesto, la sociedad constituida en el extranjero tiene la opción de establecer su domicilio en la República (caso menos frecuente) con lo que conseguiría “ser considerada como sociedad local a los efectos del cumplimiento de las formalidades de constitución (...)”²³⁹.

En virtud de lo expuesto, es aquí que resulta oportuno traer a colación nuevamente el artículo 16 de la Ley 117 de Inversiones, que impone la

²³⁹ Artículo 1199, CCP.

obligación a las personas físicas y jurídicas extranjeras, que suscriben contratos de *joint venture* en el país, de “constituir domicilio en el Paraguay”. Somos de la opinión de que dicha disposición no hace sino aplicar al caso específico del *joint venture* las exigencias establecidas por el CCP, al menos en lo que tiene que ver con las personas jurídicas. En ese sentido, a una sociedad extranjera que quisiera celebrar un de *joint venture* de tipo meramente contractual, sí le quedarían como opciones la constitución de domicilio en el país, o la instalación de una representación, sucursal o filial de la misma en territorio nacional. Para el caso de un *joint venture* societario, en el que se establezca como medio para la ejecución del objeto contractual una sociedad nueva a ser constituida en Paraguay y con domicilio en su territorio, consideramos que la persona jurídica extranjera ya no precisaría de radicarse en el país, ni establecer una sucursal, puesto que la actividad habitual sería realizada a través de la sociedad constituida, que será considerada como “nacional” por el derecho paraguayo; de cualquier modo, sí sería necesario y oportuno designar un representante a los efectos de lo dispuesto por el artículo 1200 del CCP: “El representante de la sociedad constituida en el extranjero está autorizado para realizar todos los actos que aquélla puede celebrar y para representarla en juicio”.

b) *Derecho convencional internacional*

En cuanto a instrumentos de fuente convencional aplicables a los contratos internacionales, el Paraguay es signatario de dos antiguos tratados regionales de DIPr: los *Tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo* (en adelante, “TDCI”) de 1889 y 1940. El primero de ellos²⁴⁰ se encuentra vigente entre Paraguay, Bolivia, Perú y Colombia, y el segundo²⁴¹ entre Paraguay, Argentina y Uruguay, con lo que el ámbito de aplicación se reduce tan sólo a una parte de Sudamérica.

²⁴⁰ Paraguay lo ratificó por Ley del 3 de setiembre de 1889.

²⁴¹ Paraguay lo ratificó a través de la Ley N° 266 de 1955.

El TDCI de 1889 dispone en su artículo 32 que la ley del lugar donde el contrato debe cumplirse (*lex loci executionis*) es la que rige su forma (textualmente: “si es necesario que se hagan por escrito y la calidad del documento correspondiente”)²⁴², pero también, según el artículo 33, rige su existencia, naturaleza, validez, efectos y todo lo concerniente al mismo. Seguidamente, en el artículo 34, se establecen las presunciones para determinar el lugar de cumplimiento del contrato, de acuerdo al objeto del mismo, aplicando una metodología bastante discutida por la doctrina. Aun así, lo importante es que se establece una predominancia general del principio *lex loci executionis* (incluso para la forma, comúnmente regida por la ley del lugar de celebración), y además se omite la posibilidad de ejercer la autonomía en materia conflictual.

Por su parte, el TDCI de 1940 reproduce el contenido del artículo 33 del TDCI de 1889, con lo que establece el mismo principio general de *lex loci executionis*, con la salvedad de que sujeta la forma de los actos jurídicos al derecho del lugar donde se celebran, en concordancia con el criterio más comúnmente aceptado en doctrina. Por su parte, en materia de autonomía conflictual, si bien en el texto del tratado no hay ninguna alusión al tema, en el artículo 5 del *Protocolo Adicional a los Tratados de Derecho Internacional Privado*, suscrito también en 1940, se establece que “(l)a jurisdicción y la ley aplicable según los respectivos Tratados, no pueden ser modificadas por la voluntad de las partes, salvo en la medida en que lo autorice dicha ley”. De ese modo, si bien se niega como principio general la posibilidad de que las partes escojan el derecho aplicable, se deja latente la eventualidad de que, si lo permite el ordenamiento al cual las normas de conflicto remiten (en definitiva, el derecho del lugar donde debe ejecutarse el contrato), entonces la elección sería admisible.

²⁴² No obstante, el artículo 39 determina que la forma de los instrumentos públicos se rige, como es lógico, por la “ley del lugar en que se otorgan”.

Por último, ya en referencia al tema específico de las sociedades extranjeras, cabe señalar que Paraguay es Estado parte de la *Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en materia de Sociedades Mercantiles*, un instrumento adoptado en el marco de la CIDIP II, celebrada en Montevideo, Uruguay, en 1979, y el cual fue también ratificado por México en su oportunidad, así como por otros seis Estados más²⁴³.

La Convención, que resulta aplicable, según el artículo 1, “a las sociedades mercantiles constituidas en cualquiera de los Estados parte”, prescribe que “(l)a existencia, capacidad, funcionamiento y disolución de las sociedades mercantiles se rigen por la ley del lugar de su constitución”²⁴⁴. Esto significa que el criterio del CCP de remitirse al derecho del domicilio social para determinar la existencia y capacidad de las sociedades extranjeras, queda suplantado por el criterio de la “ley del lugar de su constitución”, al menos en lo que respecta a las sociedades mercantiles constituidas en alguno de los Estados parte de la Convención. De ese modo, quedan así armonizadas las soluciones de los derechos mexicano y paraguayo sobre el particular.

4.2 LOS MEDIOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL CONTRATO DE *JOINT VENTURE* INTERNACIONAL

4.2.1 Una introducción general a los medios de solución de controversias

En cualquier tipo de relación humana es común que surjan conflictos. El *conflicto* está determinado, a propósito, por la existencia de un problema que involucra a dos o más partes que, ante el mismo, adoptan posturas encontradas.

²⁴³ Paraguay depositó su instrumento de ratificación el 16 de agosto de 1985; México hizo lo propio el 9 de marzo de 1983. Los demás Estados parte son: Argentina, Brasil, Uruguay, Perú, Venezuela y Guatemala. [Véase la siguiente página del sitio oficial de la Secretaría de Asuntos Jurídicos de la OEA en Internet: <<http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-40.html>> (Consulta: 21 de febrero de 2009)].

²⁴⁴ Artículo 2 de la Convención.

Los conflictos que se suscitan como derivados de relaciones jurídicas y, en particular, de relaciones contractuales, que es el tema que nos ocupa, pueden ser solucionados por las propias partes, a través de un proceso de diálogo y entendimiento, o puede requerir de la intervención de un tercero.

Tradicionalmente, es el Estado el encargado de intervenir en la resolución de los conflictos que interesan al derecho (que a partir de ahora llamaremos *controversias*, para utilizar el término más común en la materia), por intermedio de sus órganos jurisdiccionales. Así, es que el Estado moderno vino a ejercer “un monopolio sobre la impartición de la justicia”²⁴⁵. Monopolio que va ligado incluso con la idea de la soberanía: uno de los tres poderes en que la teoría política clásica divide el ejercicio del gobierno, es precisamente el poder judicial.

Sin embargo, durante las últimas décadas, el mundo del derecho ha sido testigo del paulatino surgimiento de los denominados *medios alternativos de solución de controversias* (en adelante, “MASC”), que se constituyen en un intento por encontrar vías de escape del sometimiento de las controversias a los tribunales ordinarios, a los que se atribuye todo tipo de problemas: retardo en la impartición de justicia, preparación poco especializada de algunos jueces para determinados temas, elevados costos para las partes que derivan del largo proceso, entre varios otros.

Son realmente numerosos los MASC que se han ido desarrollando con la práctica. Muchas de dichas modalidades²⁴⁶ surgieron del ámbito estadounidense, en donde además se generó el término²⁴⁷. Aquí sin embargo se

²⁴⁵ CRUZ MIRAMONTES, Rodolfo y Óscar CRUZ BARNEY, *El arbitraje. Los diversos mecanismos de solución de controversias: Análisis y práctica en México*, Porrúa-UNAM, México, 2004, p. 9.

²⁴⁶ Entre las que se cuentan: el pequeño juicio (*mini trial*), el juicio privado, el arbitraje derivado, el juicio sumario ante jurado, el oyente neutral, la determinación por experto neutral, la adaptación de contratos, las consultas, la investigación, la conciliación, la mediación, los buenos oficios, la transacción, y la amigable composición. (Cfr. *Ibidem*, pp. 13-27).

²⁴⁷ En inglés, dichos mecanismos reciben la denominación de *alternative dispute resolution* (ADR).

centrará la atención sobre el arbitraje. Si bien hay cierta discusión, más que nada terminológica, acerca de incluir o no a dicha modalidad entre los MASC, nosotros la consideraremos como tal, en virtud de que es, a fin de cuentas, un medio *alternativo* a los órganos jurisdiccionales del Estado.

La razón principal de enfocar el estudio hacia el arbitraje, y no otros MASC, reside en que aquél es sin duda el mecanismo más relevante en la práctica comercial internacional, y por ende, el que más importancia presenta para el análisis acerca de cómo se resuelven las controversias que surgen de un contrato de *joint venture* internacional. Es por ello que el CCI lo contempla en sus acuerdos modelo sobre *joint venture*, según se verá más adelante.

El arbitraje como tal es en realidad una institución muy antigua, que hunde sus raíces en la antigüedad clásica, pero su resurgimiento contemporáneo se da dentro del contexto arriba descrito de la búsqueda de soluciones más dinámicas y expeditas para los conflictos de índole privada. En términos generales, se lo puede definir, según José Luis SIQUEIROS, como “un método o una técnica mediante la cual se tratan de resolver extrajudicialmente las diferencias que pueden ocurrir o que han surgido entre dos o más partes, mediante la actuación de una o varias personas (árbitro o árbitros) los cuales derivan sus facultades del acuerdo consensual de las partes involucradas en la controversia”²⁴⁸.

Como se desprende de la última parte de la definición citada, la peculiaridad de los árbitros consiste en que sus facultades están derivadas del ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes, que acuerdan, a través de lo que se conoce como *cláusula compromisoria* o *compromiso arbitral*²⁴⁹, someter sus diferencias a la decisión de terceras personas (los árbitros). Si bien lo ideal es que dicha decisión, emitida a través de un *laudo*, sea cumplida voluntariamente

²⁴⁸ Cfr. CRUZ MIRAMONTES y CRUZ BARNEY, *El arbitraje...*, p. 29.

²⁴⁹ La diferencia entre la *cláusula compromisoria* y el *compromiso* o *acuerdo arbitral* estriba en que la cláusula va inserta como parte del contrato principal, en el que se acuerda de manera anticipada someter a arbitraje un eventual conflicto surgido de la relación; mientras que el compromiso constituye un contrato aparte, celebrado luego del surgimiento del conflicto.

por la parte perdidosa, es frecuente que sea necesario recurrir a la ejecución forzada. Es principalmente en ese momento que el vínculo del arbitraje con el poder judicial reaparece, puesto que sólo éste está investido del *imperium* ineludible para forzar a la ejecución de un laudo arbitral.

Es por ello que, ante el aumento en el uso de los MASC en la práctica privada, y en particular del arbitraje, los propios Estados han decidido acompañar el proceso en los últimos años, en mayor o en menor medida, modernizando las disposiciones de derecho interno que sobre la materia existían o adhiriéndose a convenciones internacionales relativas al arbitraje y al reconocimiento de laudos extranjeros.

A pesar de la euforia con que gran parte de la doctrina ha acogido el reciente auge del arbitraje, el tema no deja de tener sus aristas delicadas. Si bien para el Estado la utilización masiva de los MASC implicaría una descompresión de las enormes cargas de trabajo de los tribunales, ello significa a la par un menor ejercicio del control de la aplicación de las disposiciones imperativas de su ordenamiento, más allá de que existen materias que evidentemente no pueden ser sometidas a arbitraje y que, en todo caso, cada ordenamiento se encarga de precisar²⁵⁰.

Así, en materias frecuentemente sujetas a arbitraje, como ocurre con los contratos comerciales internacionales, se presentan muchas veces dudas respecto de cuáles aspectos pueden ser realmente sometidos a decisión arbitral, teniendo en cuenta que ciertas cuestiones de orden público están a menudo implicadas, como por ejemplo, las normas de defensa de los consumidores o las normas de defensa de la competencia.

²⁵⁰ Las reglas más modernas al respecto suelen optar por una fórmula general, como la del artículo 2.1 de la Ley de Arbitraje de España, de 2003: “Son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho”.

Es por ello que resulta fundamental que, en su derecho interno, los Estados introduzcan normas que clarifiquen dichos límites y, a la par de otorgar seguridad jurídica a los que recurran al arbitraje (en relación con sus expectativas acerca de la ejecución del laudo), resguarden el cumplimiento de las materias de aplicación imperativa, en las que está involucrado el interés público.

4.2.2 El arbitraje como medio preferente de solución de controversias en el contrato de *joint venture* internacional: El ejemplo de los Acuerdos Modelo de Joint Venture del Centro de Comercio Internacional

En la práctica mercantil internacional, es cada vez más creciente el uso del arbitraje como mecanismo de solución de controversias. Ante la disyuntiva: “litigio judicial o arbitraje”, lo más común es que las partes se decanten por este último. Los motivos que se mencionan en doctrina no son pocos²⁵¹: a) la provisión de un *foro neutral*, en el sentido de que las partes de un contrato internacional suelen mostrar reticencias a litigar ante un tribunal extranjero, cuyos procedimientos y trámites les son desconocidos, mientras que el arbitraje comercial se muestra como un mecanismo más o menos estandarizado por la práctica mercantil internacional; b) la *flexibilidad* al momento de configurar los elementos que regirán el proceso arbitral, entre ellos: el derecho aplicable, el número de árbitros, o el lugar donde se desarrollará el arbitraje, por citar algunos ejemplos; c) la *celeridad* en el desarrollo del proceso; d) la *confidencialidad* que puede pactarse con respecto a todos los detalles del proceso e incluso del laudo, algo que resulta importante en relación con las delicadas informaciones de índole comercial (datos contables, información sobre patentes, know-how, etcétera) que suelen manejarse durante la sustanciación de un proceso de arbitraje mercantil internacional; y e) la *especialidad* con que puede analizarse la controversia respectiva, debido a que las partes tienen la posibilidad de designar

²⁵¹ Cfr. BREUER, Luis A., “Una breve introducción al arbitraje comercial internacional”, pp. 94-95, en MORENO RODRÍGUEZ (coord.), *Arbitraje y mediación*, ob. cit., pp. 89-114.

árbitros con la suficiente preparación y oficio técnicos que requiera la materia en cuestión.

En el caso de los contratos de *joint venture* internacional, tanto en los de tipo contractual como societario, hay motivos incluso más específicos para preferir al arbitraje antes que a la justicia ordinaria de algún Estado.

En primer lugar, el *joint venture* es un contrato complejo que, como ya se ha reiterado a lo largo de esta investigación, suele vincular a su vez a varios contratos satélites con el contrato de base, en una intrincada relación que muchas veces implica puntos de conexión con diversos ordenamientos jurídicos, lo cual genera gran incertidumbre con respecto al derecho aplicable y la jurisdicción competente para cada aspecto de la relación en su conjunto; la inclusión de una cláusula arbitral vendría así a aportar un foro consensuado y homogéneo para el contrato en general, con las consabidas posibilidades de escoger además el derecho aplicable y, en su caso, el apego a determinadas reglas de *soft law*.

Por otra parte, el *joint venture* es un contrato de tipo asociativo²⁵² que, si bien no contiene como elemento intrínseco de su naturaleza jurídica la *affectio societatis* (esto es, la voluntad de conformar una sociedad), implica sí una voluntad de colaborar para perseguir un objetivo común, en virtud de los aportes que, por sus características particulares, los *venturers* están en condiciones de ofrecer; así, la calidad *intuitu personae* del contrato, convierte en un verdadero problema la eventual salida de un *venturer* de la relación. En ese contexto, la previsión de alternativas al litigio judicial busca en lo posible evitar que, frente a potenciales problemas, las actitudes de los *venturers* sufran una radicalización que los lleve a adoptar “la dura posición del demandante”²⁵³, que puede hacer fracasar la relación entera. Por dicho motivo, incluso se prevén etapas previas

²⁵² *Vide supra*, 1.1.2.

²⁵³ SIERRALTA RÍOS, *Joint venture internacional*, ob. cit., p. 247.

antes de llegar al arbitraje, como es el caso de la mediación²⁵⁴ (otro tipo de MASC).

Por último, en complemento de lo anterior, hay que señalar que, como contrato de duración, el *joint venture* implica para las partes una expectativa de mantener la confianza y el buen clima de negocios durante todo el desarrollo del mismo, lo cual, como es natural, puede deteriorarse ante la difícil situación que supone un proceso ante un órgano jurisdiccional. Es por ello que, nuevamente, la previsión de una salida mediada o, ante su imposibilidad, el arbitraje, se imponen como los mecanismos más indicados para mantener la “fiducia” necesaria para seguir ejecutando un contrato a través del tiempo.

La conveniencia de la utilización del arbitraje como mecanismo de solución de controversias en los contratos de *joint venture* internacional, se ha reflejado incluso en dos recientes documentos elaborados por expertos del Centro de Comercio Internacional (CCI); nos referimos a los *Acuerdos Modelo CCI de Joint Venture Contractual*, publicados en 2004, y a los *Acuerdos Modelo CCI de Joint Venture Corporativo*, publicados en 2006.

Dichos documentos consisten en sendos modelos de contratos de *joint venture* internacional, tanto de tipo contractual como societario, respectivamente. En los primeros *Acuerdos* participaron, según detalla el propio preámbulo del documento, profesionales experimentados de más de 50 países, en un intento por representar “el más amplio espectro posible de circunstancias económicas y culturas legales”, lo que indica un verdadero esfuerzo tendente a la armonización de las normas contractuales relativas al *joint venture* a nivel global.

²⁵⁴ La *mediación* es un mecanismo a través del cual un tercero neutral (el mediador) ayuda a las partes en conflicto a encontrar soluciones mediante un acuerdo mutuo y voluntario. La mediación se diferencia del arbitraje, en el sentido de que en aquélla la respuesta al problema surge de las propias partes, mientras que en éste la solución viene dada por la decisión de un tercero (el árbitro), contenida en el laudo y con carácter obligatorio.

En consecuencia, se puede tomar como ejemplo de lo que ocurre en la práctica mercantil internacional, a los mecanismos de resolución de controversias sugeridos en los *Acuerdos*. Específicamente, en el modelo referente a *joint ventures* contractuales celebrados por dos partes únicamente²⁵⁵, que tomaremos como muestra, se detalla en el *Artículo 24 (Solución de controversias)*, los pasos sugeridos a convenir:

- a) *Solución amigable*: Se acuerda, en primer lugar, que al presentarse una controversia respecto del contrato o durante el curso de las actividades del *joint venture*, las partes buscarán resolverla “amigablemente” (*Artículo 24.1*). Se entiende esto en el sentido de un acercamiento entre los *venturers*, sin la intervención de terceros, para intentar buscar una solución a través del diálogo.
- b) *Discusión a nivel de la alta gestión*: En el caso de que las partes sean personas morales (sociedades), es un paso recomendable solicitar que se traslade la discusión surgida acerca de una controversia a los más altos niveles de gestión dentro de las respectivas organizaciones. El *Artículo 24.2* establece que “si se presenta una petición tal, quienes toman las decisiones en las organizaciones de que se trata se reunirán al menos una vez para analizar la controversia y las posibles formas de resolverla”.
- c) *Mediación*: Para el caso de que la controversia no haya podido ser resuelta al cabo de cierto tiempo de haber surgido (el *Artículo 24.3* sugiere un mes de plazo a partir de la petición de elevar la discusión a nivel de alta gestión), se incluye como opción, para cualquiera de las partes, solicitar que se someta la controversia a mediación o a cualquier otro tipo de MASC. Sin embargo, se aclara que la otra parte no tendrá la obligación de acogerse a dichos mecanismos.

²⁵⁵ Su denominación estandarizada es, en español, *Acuerdo Modelo CCI de Joint Venture Contractual (dos partes únicamente)*.

- d) *Arbitraje*: Si la solución amigable no fue posible ni siquiera a nivel de alta gestión, ni tampoco, si así se hubiera convenido, tras un proceso de mediación, entonces cualquiera de las partes tendrá derecho a dar aviso a la otra del fracaso de las negociaciones y luego dar inicio a un arbitraje (*Artículo 24.4*). Se incluye una renuncia expresa a recurrir a “las cortes” (los tribunales ordinarios), salvo “que así se requiera para efectos de medidas provisionales urgentes de protección que el Tribunal Arbitral no pueda dictar en forma efectiva; para medidas que se requieran para conformar el Tribunal Arbitral y prestarle apoyo al mismo; y para la ejecución de un laudo arbitral”.

Como se habrá podido notar, la intención expresada en el *Acuerdo Modelo* apunta a establecer pasos bien precisos y progresivos para evitar, en lo posible, llegar a someter la controversia que se pudiera haber suscitado a la decisión de un tercero (esto es, incluso un Tribunal Arbitral). No obstante, como es común, sobre todo respecto de conflictos de magnitud, existen muchas probabilidades de que dicha intervención sea necesaria. El *Acuerdo Modelo* prevé también una cláusula alternativa si las partes desearan convenir que los conflictos se resuelvan ante la justicia ordinaria²⁵⁶; no obstante, está claro que se propone como mecanismo preferible el del arbitraje.

En ese sentido, el *Artículo 24.5*, en lo que vendría a constituir la parte medular de la cláusula compromisoria, propone el siguiente texto:

El proceso arbitral se adelantará bajo las normas de [*especifique CNUDMI u otros Reglamentos, o una Institución de Arbitraje (por ejemplo, la Cámara de Comercio Internacional)*]. El lugar del arbitraje será [*especifique*].

²⁵⁶ Dicha cláusula alternativa se presenta como sigue: *Si una Parte ha llegado a la conclusión de que los intentos por llegar a una solución amigable no han dado resultados, ésta podrá dar aviso de dicho fracaso a la otra Parte y, después de ello, puede acudir a las cortes de [especifique lugar/país], las cuales tendrán jurisdicción exclusiva.*

De dicho formato, se entresacan dos asuntos de importancia mayúscula: el *tipo* de arbitraje y sus *reglas*, como así también el *lugar* en el que se llevará a cabo. Nos detendremos a continuación en cada uno de estos aspectos.

En cuanto al tipo de arbitraje, desde el punto de vista de la preparación y de la administración del mismo, se distinguen básicamente dos: a) el arbitraje institucional; y b) el arbitraje *ad-hoc*²⁵⁷. El arbitraje institucional es aquél que se realiza ante una institución ya establecida, administradora de arbitrajes, que puede ser de carácter nacional o internacional. Estas instituciones se caracterizan por tener usualmente publicadas sus propias reglas sobre el proceso arbitral, a las que las partes se acogen de manera explícita al momento de suscribir la cláusula compromisoria o el compromiso arbitral. Es común también que dichas instituciones tengan sus propias cláusulas compromisorias modelo por lo que, en dicho caso, es conveniente insertarlas en el contrato. Las instituciones internacionales administradoras de arbitraje comercial más reconocidas son, entre otras, la *Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional*²⁵⁸ (CIA-CCI) y, en el ámbito interamericano, la *Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial*²⁵⁹ (CIAC). En los ámbitos internos de México y Paraguay, también existen importantes instituciones administradoras

²⁵⁷ Cfr. MEDINA MORA, Raúl, "Cláusula y acuerdos arbitrales", pp. 19-21, en PEREZNIETO CASTRO, Leonel (comp.), *Arbitraje comercial internacional*, Fontamara, México, segunda reimpression de la primera edición (2000), 2006, pp. 15-29.

²⁵⁸ La Corte Internacional de Arbitraje es parte de la Cámara de Comercio Internacional (que no debe ser confundida con el Centro de Comercio Internacional, ya mencionado previamente). La Cámara es una institución fundada en 1919 y que reúne cientos de compañías y asociaciones miembros de más de 130 países. El servicio más importante que brinda la Cámara es precisamente la Corte Internacional de Arbitraje (CIA-CCI), cuya función es supervisar los procesos de arbitraje realizados bajo el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, de amplio conocimiento y difusión en todo el mundo, y cuya versión vigente es de 1998. [Véase el sitio de Internet *Juris Internacional*, en el enlace de "Centros de arbitraje y mediación": <www.jurisint.org/es/ctr/32.html> (Consulta: 26 de febrero de 2009)].

²⁵⁹ La Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial, conocida por sus siglas "CIAC", es una institución privada creada en 1934, a instancias de la VII Conferencia Internacional de Estados Americanos, celebrada en Montevideo, Uruguay, un año antes. Su objetivo principal es el de administrar un sistema de arbitraje y conciliación de conflictos de comercio internacional en el continente americano. En 2003, la CIAC celebró un acuerdo con la *American Arbitration Association* (AAA), importante institución estadounidense administradora de arbitraje, en el que se establece que las controversias de la CIAC serán administradas conjuntamente con la AAA. [Véase el sitio oficial de la CIAC en Internet: <www.ciac-iacac.org> (Consulta: 26 de febrero de 2009)].

de arbitraje, entre las que podemos citar como ejemplo el *Centro de Arbitraje de México* (CAM) y el *Centro de Arbitraje y Mediación Paraguay* (CAMP).

La ventaja principal de escoger la vía del arbitraje administrado por una institución, reside en que ésta se ocupa de varias de las cuestiones que, de otro modo, las partes tendrían que haber reglamentado en el contrato de base o, en su caso, en el compromiso arbitral.

Por su parte, en el arbitraje *ad-hoc*, son las propias partes las que deben estipular con detalle las reglas por las que se guiará el proceso, con el agregado de que, lógicamente, en dicho caso, el contenido de la cláusula compromisoria o del compromiso arbitral deberá ser mucho más minucioso (en efecto, es conveniente pactar esas reglas en un documento anexo al contrato principal). No obstante, existen reglas modelo a las que las partes se pueden remitir directamente o, si decidieran modificar algunos aspectos, tomarlas como guías. De entre ellas, las más utilizadas en la práctica mercantil global son las Reglas de Arbitraje de la UNCITRAL, que fueron publicadas por dicha institución en 1976.

Ahora bien, con respecto al lugar designado para la realización del arbitraje, dicha decisión no carece de importancia. Ello se debe no tanto a la determinación del espacio geográfico donde los árbitros desarrollarán su labor sino, sobre todo, a que la elección del lugar determinará el derecho aplicable al proceso arbitral (la llamada *lex loci arbitri*) y señalará, en consecuencia, la jurisdicción de los tribunales ordinarios nacionales sobre el mismo, en una relación con el tribunal arbitral de la que resaltan las medidas de asistencia y supervisión que se puedan proveer, como también (en lo que es quizás el aspecto más importante) el dictado o ejecución de medidas cautelares, siendo esto último algo que está fuera del alcance del tribunal arbitral. Además, al elegir el lugar de realización del arbitraje, las partes también deciden el carácter nacional o extranjero del laudo con respecto al lugar en donde deban ejecutarlo,

lo que puede llegar a ser relevante, dependiendo de lo que disponga el derecho del foro, para determinar la mayor o menor facilidad de su ejecución.

En otro sentido, y continuando con las cláusulas propuestas en el *Acuerdo Modelo*, se contempla también en ellas la posibilidad de que surjan contradicciones entre lo dispuesto en el contrato de *joint venture* y el derecho aplicable al mismo. En ese caso, el *Artículo 24.6* menciona que los árbitros actuarán como “amigables componedores”, dando efecto a lo dispuesto en el contrato y a las “intenciones y expectativas razonables de las Partes”, siempre y cuando no se contravengan normas de cumplimiento obligatorio ni el orden público. Consideramos que el modelo descrito es equilibrado. Por un lado, introduce el concepto de la *amigable composición* (o también *arbitraje en equidad*) sólo para los casos en que existan contradicciones entre las reglas convenidas por las partes en el contrato de *joint venture* y el derecho que resulte aplicable al mismo; todo esto con el objeto de intentar preservar en lo posible la intención original de los *venturers* al prever el desarrollo de su relación. Sin embargo, se deja constancia, en contrapartida, de que la decisión arbitral “según su leal saber y entender” encuentra límites obvios en las disposiciones imperativas y en el orden público, estimamos que tanto el nacional como el internacional.

Lo anterior sirve para introducir una aclaración importante con respecto al otro tipo de *joint venture*: el societario o corporativo. En ese sentido, los *Acuerdos Modelos CCI de Joint Venture Corporativo*, al igual que los referidos al *joint venture* contractual, también incorporan, en su artículo referido a la solución de controversias, al arbitraje como mecanismo preferente. No obstante, es oportuno señalar que al constituirse una sociedad distinta a la de los *venturers*, como vehículo de la ejecución del objeto contractual, la misma queda sometida a las varias disposiciones imperativas contenidas en el derecho aplicable (en este caso, el del lugar en el que la sociedad se constituya o tenga su domicilio); más aún en el caso de sociedades anónimas, que son sujeto de mucho control por

parte de los Estados. Cabe entonces la salvedad de que lo que será sometido en mayor medida a arbitraje, son las controversias surgidas de las relaciones de los *venturers* entre sí, en virtud de lo contenido en el contrato principal, contándose entre dichas relaciones también lo relativo a la dirección de la sociedad conjunta, por ejemplo: los bloqueos que pudieran producirse en el seno de la junta directiva o de la asamblea de accionistas. Sin embargo, habrá que contemplar con cuidado lo concerniente al funcionamiento de la sociedad conjunta considerada como tal, puesto que surgirán muchas cuestiones que, por estar vinculadas a disposiciones de cumplimiento obligatorio, deberán ser resueltas, en caso de controversias, por los tribunales ordinarios competentes.

4.2.3 La regulación del arbitraje comercial internacional en México y Paraguay

Seguidamente, se estudiará el marco regulatorio para el arbitraje comercial internacional tanto en México como en Paraguay. El análisis se hará desde dos enfoques: tanto desde el punto de vista de la regulación de los arbitrajes celebrados en el territorio nacional de los dos países; como también, desde la perspectiva del reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales dictados en el extranjero.

a) México

En materia de arbitraje comercial, dos son las fuentes de derecho más importantes en el ordenamiento jurídico mexicano²⁶⁰: El Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio (en adelante, “Título Cuarto”); y la *Convención*

²⁶⁰ Cfr. ABASCAL ZAMORA, José María, “La interpretación uniforme de la Convención de Nueva York y del Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio”, en PEREZNIETO CASTRO (comp.), *Arbitraje comercial internacional*, ob. cit., pp. 129-155.

de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras²⁶¹ (conocida también como “Convención de Nueva York”).

Como fuente de derecho interno, el Título Cuarto incorpora sin embargo gran parte del contenido de la Ley Modelo de la UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional (en adelante, “Ley Modelo de UNCITRAL”), un instrumento internacional que ha servido de referencia para que numerosos países de todos los continentes armonizaran sus respectivas legislaciones internas en lo relativo al arbitraje comercial. Así, el 23 de julio de 1993 se publicó en el DOF el decreto que introdujo al C. de Com. la nueva redacción del Título Cuarto.

En cuanto a su ámbito de aplicación, el artículo 1415 aclara que “(l)as disposiciones del presente título se aplicarán al arbitraje comercial nacional, y al internacional cuando el lugar del arbitraje se encuentre en territorio nacional (...)”²⁶². Así, el criterio para la aplicación del Título Cuarto a un arbitraje comercial internacional, es que el mismo se desarrolle en territorio mexicano; en efecto, para dichos casos, sus disposiciones se constituirán en la *lex loci arbitri*.

El Título Cuarto regula, en general, todos los aspectos que afectan al acuerdo de arbitraje, al desarrollo del proceso arbitral, a los casos de intervención judicial, y al reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales. En lo que se refiere a las normas que el tribunal arbitral deberá observar para resolver el litigio, el artículo 1445 dispone lo siguiente:

El tribunal arbitral decidirá el litigio de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes. Se entenderá que toda indicación del derecho u

²⁶¹ Dicha Convención fue aprobada por una conferencia diplomática el 10 de junio de 1958, en Nueva York, Estados Unidos. Actualmente, consta de 144 Estados partes, lo que la convierte en un instrumento de vigencia casi global. México se adhirió a la misma el 14 de abril de 1971. [Véase la siguiente página del sitio oficial de la UNCITRAL en Internet: <http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html> (Consulta: 28 de febrero de 2009)].

²⁶² Ello constituye una modificación de la Ley Modelo de UNCITRAL en el sentido de que ésta se propuso como aplicable exclusivamente al arbitraje comercial internacional.

ordenamiento jurídico de un país determinado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese país y no a sus normas de conflicto de leyes.
(...)

Queda aquí despejada toda duda con respecto a la autonomía de la voluntad para escoger el derecho aplicable, algo que de todos modos ya lo dispone de manera genérica el CCF²⁶³. No obstante, es plausible que se haya reforzado el principio en lo que se refiere estrictamente al arbitraje comercial internacional, en el que dicha autonomía juega un rol tan importante. Además, por la expresión “normas de derecho”, se entiende que está permitido el *dépeçage*, sobre el cual reiteramos nuestros comentarios ya señalados previamente²⁶⁴. También es importante la “condena del reenvío” que se realiza al aclarar que la elección de un derecho nacional no incluye sus normas de conflicto (de no mediar intención expresa en contrario), con lo que se brinda la seguridad a las partes de que el derecho escogido será finalmente el aplicado.

El artículo 1445 continúa de la siguiente manera:

Si las partes no indicaren la ley que debe regir el fondo del litigio, el tribunal arbitral, tomando en cuenta las características y conexiones del caso, determinará el derecho aplicable.

El tribunal arbitral decidirá como amigable componedor o en conciencia, sólo si las partes le han autorizado expresamente a hacerlo.

En todos los casos, el tribunal decidirá con arreglo a las estipulaciones del convenio y tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso.

Esta parte de la norma deja en manos del tribunal arbitral una decisión importante: la determinación subsidiaria del derecho aplicable, esto es, ante silencio de las partes al respecto. Sin embargo, se hace constar que la determinación debe encauzarse por “las características y conexiones del caso”,

²⁶³ *Vide supra*, 4.1.2.2.

²⁶⁴ *Vide supra*, 4.1.2.1.

por lo que estimamos que se deberán evaluar de manera integral con qué derecho el contrato ofrece vínculos más estrechos. Por otra parte, se autoriza la amigable composición, aunque sólo ante autorización expresa de las partes. Al respecto, sería válida una cláusula que, como se vio en ocasión del análisis de los *Acuerdos Modelo CCI de Joint Venture*, prevea la amigable composición para cuando que surja una contradicción entre las disposiciones del contrato y el derecho que resulte aplicable. Finalmente, el artículo citado introduce el reconocimiento de los “usos mercantiles” que se puedan aplicar al caso, con lo que se abre la posibilidad también para la inclusión de normas de *soft law* como complemento del derecho nacional escogido.

Por otro lado, en lo que se refiere a la intervención judicial en un proceso arbitral, el artículo 1421 determina, como principio general, lo siguiente:

Salvo disposición en contrario, en los asuntos que se rijan por el presente título, no se requerirá intervención judicial.

En efecto, como señala GONZÁLEZ DE COSSÍO, “(s)alvo los casos excepcional y taxativamente enunciados, los tribunales nacionales no pueden intervenir en los procedimientos arbitrales”²⁶⁵. El mismo autor enumera estos casos: a) Ejecución del acuerdo arbitral y remisión del arbitraje; b) Constitución del Tribunal Arbitral; c) Medidas precautorias; d) Costas; e) Nulidad; y f) Reconocimiento y ejecución del laudo arbitral²⁶⁶. Aquí nos interesará referirnos a los dos últimos casos.

Al respecto, detalla el artículo 1457 del C. de Com. los únicos casos en los que los laudos arbitrales podrán ser anulados por el juez competente. Entre ellos, cuando “(...) II.- El juez compruebe que según la legislación mexicana, el

²⁶⁵ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, “El arbitraje y la judicatura. ¿*Quis custodiet custodes?*”, p. 94, en GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria y Sonia RODRÍGUEZ JIMÉNEZ (coord.), *Arbitraje comercial internacional*, Porrúa – UNAM, México, 2007, pp. 93-168.

²⁶⁶ *Ídem*.

objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje, o que el laudo es contrario al orden público”. Hay dos consideraciones interesantes que efectuar sobre el texto: por un lado, el hecho de que el juez tiene la potestad de comprobar *ex officio* dichas causales en particular (sin necesidad de que alguna de las partes lo alegue); y por otro, que en la norma se contienen dos hipótesis, la de una controversia *no arbitrable* por disposición legal, y la de un laudo cuyo contenido contravenga el *orden público*.

Sobre la arbitrabilidad, coincidimos con GONZÁLEZ DE COSSÍO en que, en términos generales, “las controversias que involucran derechos pecuniarios son arbitrables”²⁶⁷. De hecho, como veremos más adelante, en otros ordenamientos jurídicos se señala expresamente dicha regla; así, la Ley de Arbitraje de Paraguay dispone en su artículo 2º que: “Toda cuestión transigible y de contenido patrimonial podrá ser sometida a arbitraje (...)”. En general, el asunto parece no ofrecer demasiados problemas: bastaría con que una ley declare una materia como no susceptible de arbitraje, para que un juez que entienda en un incidente de nulidad de laudo arbitral lo tome como causal válida. Además, las disposiciones en estudio del C. de Com. se aplican con exclusividad al arbitraje comercial, y éste, al tener por objeto relaciones mercantiles, versa sobre una de las materias que por excelencia son aptas para ser sometidas a arbitraje.

Sin embargo, al abordar la cuestión del orden público la respuesta ya no parece tan clara. Sobre el particular, disentimos de la opinión del autor previamente citado, de que la expresión “orden público” sólo debe tomarse en su sentido más estricto, el de “las nociones más básicas de moralidad y de justicia de una jurisdicción determinada”, excluyéndose a las normas imperativas²⁶⁸. Es cierto que la redacción del artículo es confusa²⁶⁹, pero si atendemos, por

²⁶⁷ GONZÁLEZ DE COSSÍO, “El arbitraje y la judicatura. *¿Quis custodiet custodes?*”, ob. cit., p. 128.

²⁶⁸ *Ibidem*, pp. 124-127.

²⁶⁹ En realidad, sigue literalmente el texto de la Ley Modelo UNCITRAL, en su artículo 34.2, b), en donde también se habla del “orden público” sin mencionar específicamente las normas imperativas.

analogía, al contenido de instrumentos internacionales de DIPr recientes, como la Convención de México, encontramos que el cumplimiento de las normas imperativas está, en general, precautelado²⁷⁰. Es cierto que el criterio para interpretar que hubo una contravención al orden público del foro debe ser estrictísimo, ya que de otro modo se haría común que los jueces nacionales realicen un análisis del fondo de los asuntos sometidos a arbitraje, y no sólo de los aspectos formales, como es la regla. Pero así también, somos de la opinión de que el arbitraje no puede convertirse en vía para eludir disposiciones de cumplimiento obligatorio, sobre las que no existe libre disposición para las partes contratantes, y en cuyo fondo subyace, a fin de cuentas, un interés público que precautelar.

Por su parte, el artículo 1462 del C. de Com. reitera las mismas causales para denegar el reconocimiento y ejecución de los laudos que las referentes a la nulidad, por lo que se aplican igualmente nuestros comentarios sobre el orden público. Es oportuno sin embargo señalar que el artículo 1461 dispone que un laudo arbitral, “cualquiera que sea el país en el que se haya dictado”, será reconocido como vinculante y, luego de la presentación de una petición por escrito ante el juez competente, deberá ser ejecutado²⁷¹. Ello tiene profundas implicancias, puesto que no existe una discriminación en base a la nacionalidad del laudo para su reconocimiento y ejecución.

En efecto, lo dispuesto en el C. de Com. es concordante con el hecho de que México es Estado Parte de la Convención de Nueva York, que ha establecido como un principio casi global (por el hecho de su amplio rango de países ratificantes) el del reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, sin imposición de condiciones “apreciablemente más rigurosas, ni

²⁷⁰ Así, el artículo 11 de la Convención de México dispone que: “No obstante lo previsto en los artículos anteriores, se aplicarán necesariamente las disposiciones del derecho del foro *cuando tengan carácter imperativo (...)*” (Las cursivas son nuestras).

²⁷¹ El procedimiento para el reconocimiento o ejecución del laudo, según el artículo 1463 del C. de Com., se sustanciará por la vía del incidente, de conformidad con el artículo 360 del Código Federal de Procedimientos Civiles.

honorarios o costas más elevados, que los aplicables al reconocimiento o a la ejecución de las sentencias arbitrales nacionales”²⁷².

Por último, es necesario mencionar también la existencia de un instrumento similar, pero del ámbito interamericano: nos referimos a la *Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional* (conocida también como “Convención de Panamá”)²⁷³. La ratificación de la misma por el Estado mexicano no hace sino reforzar el principio del reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros. La Convención de Panamá se aplicaría con preferencia a la de Nueva York, para el caso de laudos dictados en países americanos que son Parte de aquélla, por ser un instrumento específico de la región. Para laudos dictados en cualquier otro Estado, regiría la Convención de Nueva York²⁷⁴. De todos modos, no existen diferencias mayores entre ambos instrumentos.

b) *Paraguay*

El derecho paraguayo ha tomado también el ejemplo de la Ley Modelo de UNCITRAL para reformar radicalmente su marco regulatorio del arbitraje como medio de solución de controversias, derogándose así el Libro V “Del proceso Arbitral” del Código Procesal Civil (aún vigente en el resto de su contenido) y sancionándose en su reemplazo la Ley N° 1879/2002, “De Arbitraje y Mediación”, también conocida como *Ley de Arbitraje y Mediación*.

Una diferencia importante con el Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio mexicano reside en que, en el caso de la Ley de Arbitraje paraguaya, ésta se aplica en general a todo tipo de arbitraje privado, nacional e

²⁷² Artículo III, *in fine*, Convención de Nueva York.

²⁷³ Dicha Convención fue suscrita en Ciudad de Panamá, el 30 de enero de 1975, en el marco de la CIDIP I. México la ratificó y promulgó por Decreto publicado en el DOF el 25 de abril de 1978.

²⁷⁴ Cfr. LOPERENA RUIZ, Carlos, “Ejecución de laudos arbitrales comerciales extranjeros en México”, en PEREZNIETO CASTRO (Comp.), *Arbitraje comercial internacional*, ob. cit., pp. 107-118.

internacional, realizado en territorio nacional²⁷⁵, y no sólo al arbitraje comercial. Ello es en gran parte comprensible por el hecho de que, como se señaló anteriormente, en el derecho paraguayo se produjo, con la sanción del actual Código Civil, una unificación de las obligaciones civiles y mercantiles²⁷⁶.

Por otra parte, era oportuno que se señalara, mediante una regla general, cuáles son las materias objeto de arbitraje, y efectivamente, el artículo 2º lo hace, al determinar que:

Toda cuestión **transigible y de contenido patrimonial** podrá ser sometida a arbitraje siempre que sobre la cuestión no hubiese recaído sentencia definitiva firme y ejecutoriada. No podrán ser objeto de arbitraje aquellas en las cuales se requiera la intervención del Ministerio Público. (...)

De ese modo se establece un principio general de *arbitrabilidad*, referido a toda cuestión “transigible”, esto es, de libre disponibilidad para los particulares, y de contenido patrimonial. Pero además, se aclara que no son arbitrables las cuestiones en las que se requiera la intervención del Ministerio Público; que se explica con toda claridad por el hecho de que en aquéllas está presente el *interés público*. El artículo 2º continúa de la siguiente manera:

El Estado, las entidades descentralizadas, las autárquicas y las empresas públicas, así como las municipalidades, podrán someter al arbitraje sus diferencias con los particulares, sean nacionales o extranjeros, siempre que surjan de **actos jurídicos o contratos regidos por el derecho privado**.

Esta importante disposición deja *expresamente* permitido el arbitraje como medio de solución de controversias surgidas de contratos mixtos, esto es, suscritos por el Estado o una entidad pública con particulares, ya sean nacionales o extranjeros. La condición es que en dichos contratos el Estado

²⁷⁵ Artículo 1º, Ley de Arbitraje y Mediación.

²⁷⁶ *Vide supra*, 3.2.3.

actúe como persona de derecho privado, y no en su calidad de ente soberano de derecho público. En consecuencia, un contrato de *joint venture* internacional mixto, suscrito por ejemplo entre una empresa pública y una sociedad extranjera, podría ser sometido a arbitraje según lo dispuesto por la Ley de Arbitraje y Mediación²⁷⁷.

En lo que respecta a las normas aplicables al fondo del litigio, nos remitimos a lo expuesto en el párrafo 4.1.2.3. No obstante, es oportuno reiterar que el ordenamiento jurídico paraguayo presenta la particularidad de que la autonomía de la voluntad en materia conflictual está solamente permitida para los contratos sometidos a arbitraje, en virtud de que, por principio general, el CCP no lo permite, aunque sí la Ley de Arbitraje y Mediación, en su artículo 32. Todo lo cual se constituye en un motivo extra, en el caso de contratos de *joint venture* a ser ejecutados en Paraguay, para preferir el arbitraje como medio de solución de controversias.

En lo concerniente a los motivos para admitir un recurso de nulidad contra un laudo o para denegar el reconocimiento y ejecución del mismo, se encuentra nuevamente, de manera similar a lo dispuesto en el derecho mexicano, el de la comprobación, por parte del tribunal o juez, de que “el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje o que el laudo es contrario al orden público internacional o del Estado paraguayo”²⁷⁸.

En este caso, la *arbitrabilidad* queda sujeta a lo dispuesto en el artículo 2º ya mencionado, quedando pocas dudas al respecto. Pero en lo que tiene que ver con el “orden público” surge nuevamente la cuestión de si se incluyen en él a las

²⁷⁷ No obstante, como afirma SEVO, existen ciertos contratos, como el de concesión, en el que existen tanto elementos pertenecientes al derecho privado como al derecho administrativo. Así también, determinadas leyes orgánicas que rigen órganos del Estado o empresas públicas establecen la obligatoriedad de dirimir las controversias ante los tribunales nacionales. Para esos casos, la disposición de la Ley de Arbitraje y Mediación podría quedar sin efecto. (Cfr. SEVO, Jelena, “La Ley de Arbitraje y UNCITRAL”, pp. 396-397, en MORENO RODRÍGUEZ (coord.), *Arbitraje y mediación*, ob. cit., pp. 381-419).

²⁷⁸ Artículos 40, inciso b) y 46, inciso b), Ley de Arbitraje y Mediación.

normas imperativas. Con respecto a ello, reiteramos nuestra postura a favor, aunque siempre en sentido restringido, reservado a las contravenciones más graves y evidentes. Por otra parte, un elemento que llama la atención es la mención expresa del “orden público internacional”, como separado del que es propio del Estado paraguayo. Recordemos que el C. de Com. mexicano menciona nada más el orden público interno, al igual que la Ley Modelo de UNCITRAL. En la doctrina internacional especializada, por cierto, no existe consenso sobre la procedencia del concepto de “orden público internacional”²⁷⁹. No obstante, la Ley de Arbitraje y Mediación paraguaya lo admite expresamente y se debe tomarlo como tal, esto es, como las nociones más básicas de moralidad y justicia aceptadas por la comunidad internacional.

En lo relativo al reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros, el artículo 45 de la Ley de Arbitraje y Mediación resulta casi idéntico al artículo 1461 del C. de Com. mexicano y, por ende, al correspondiente de la Ley Modelo de UNCITRAL²⁸⁰. Así, se repite la fórmula de que “(u)n laudo arbitral, cualquiera sea el Estado en cual se haya dictado, será reconocido como vinculante y, tras la presentación de una petición por escrito al órgano judicial competente, será ejecutado de conformidad a las disposiciones del presente capítulo. (...)”, con lo cual se establece el principio de que todo laudo arbitral, sin importar en qué país haya sido dictado, será reconocido y ejecutado luego del procedimiento correspondiente.

En efecto, ello concuerda con el hecho de que Paraguay es asimismo Estado Parte de las Convenciones de Nueva York y Panamá²⁸¹, al igual que México. Además, ha suscrito y ratificado instrumentos del ámbito del MERCOSUR²⁸²

²⁷⁹ Cfr. GONZÁLEZ DE COSSÍO, “El arbitraje y la judicatura...”, ob. cit., p. 124-125.

²⁸⁰ El artículo 35 de la Ley Modelo de UNCITRAL.

²⁸¹ Paraguay ratificó la Convención de Panamá por Ley N° 611 de 1976 y la Convención de Nueva York por Ley N° 948 de 1996.

²⁸² El Mercado Común del Sur (MERCOSUR) es un bloque de integración política, económica y social (con personalidad jurídica internacional) que tiene como Estados Partes a Paraguay, Argentina, Brasil y Uruguay. Actualmente, está en proceso de adhesión al bloque el Estado venezolano. Son Estados asociados: Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador y Perú.

referentes a la materia, en particular: el *Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del Mercosur*²⁸³, el cual, por cierto, remite en lo referente a la ejecución de laudos a la Convención de Panamá, entre otros instrumentos.

²⁸³ Suscrito en Buenos Aires, Argentina, el 23 de julio de 1998. Paraguay lo ratificó por Ley N° 3303 de 2007. Se encuentra vigente para los cuatro Estados Partes del MERCOSUR.

CONCLUSIONES

PRIMERA: El *joint venture*, cuyos orígenes terminológicos remotos se encuentran en el derecho escocés, es una figura contractual que empezó a delinear sus caracteres contemporáneos a partir de una variación de la *partnership* —una institución de origen inglés—, fenómeno ocurrido en la práctica mercantil de los Estados Unidos durante la segunda mitad del siglo XIX, y consolidado a través del desarrollo jurisprudencial que en ese país se dio en torno a la figura. El proceso de internacionalización del *joint venture* se fortaleció recién a partir de la década de 1960, como mecanismo para canalizar la inversión de las grandes corporaciones internacionales hacia nuevos mercados.

SEGUNDA: Al empezar a ser utilizado en el marco de ordenamientos jurídicos muy diversos, el *joint venture* fue paulatinamente configurándose con caracteres propios, a través de los cuales es reconocido hoy en día en la práctica mercantil internacional. De entre ellos los más importantes son: su naturaleza eminentemente contractual; la existencia de un objeto común y específico; su carácter *intuitu personae*; el control y gestión común de la operación acordada; y la ausencia de la *affectio societatis* como elemento de la relación.

TERCERA: Se distinguen, en cuanto al medio empleado para su ejecución, dos tipos principales de *joint venture*: el contractual y el societario o corporativo. El segundo se diferencia del primero en que, a los efectos de llevar a cabo la ejecución del objeto del contrato, contempla la utilización de una sociedad distinta a los contratantes, que recibe la denominación de “sociedad conjunta”, manteniéndose intacta la individualidad de cada una de las partes. En el marco de ambos tipos de *joint venture*, cabe la posibilidad de suscribir uno o varios contratos derivados o satélites, que pueden consistir a su vez en las figuras más diversas, y cuya ejecución se guiará por las reglas generales establecidas en el contrato de base o principal.

CUARTA: El *joint venture* es en el derecho mexicano un contrato atípico, cuya celebración está posibilitada por el reconocimiento del principio de la autonomía de la voluntad en materia contractual. En el derecho paraguayo, se encuentra tipificado por una ley especial (la Ley de Inversiones), aunque de un modo muy somero y prácticamente enunciativo; aun así, la regulación deja en claro que el mismo no establece personalidad jurídica. En ambos derechos, las reglas principales que rigen una relación de *joint venture* son las dispuestas por las propias partes en el contrato, siempre y cuando se respeten las disposiciones imperativas que pudieran ser aplicables y no se contravengan normas de orden público interno o internacional.

QUINTA: Resulta fundamental, para el caso de un *joint venture* societario, el análisis de la legislación que sobre sociedades exista en el país de establecimiento de la sociedad conjunta. En ese sentido, los regímenes de México y Paraguay son similares, tanto en el catálogo de tipos societarios que ofrecen, como en la regulación de cada uno de ellos. No obstante, en el caso mexicano, la sociedad anónima es la modalidad predominante y casi hegemónica en la práctica, mientras que en Paraguay se da paralelamente una utilización frecuente de la sociedad de responsabilidad limitada. De todos modos, ambos tipos son adecuados como instrumentos de un *joint venture* societario, dependiendo de la voluntad de las partes y las características del negocio.

SEXTA: El *joint venture* puede ser celebrado tanto por personas físicas como por sociedades. Sin embargo, son éstas últimas las que protagonizan la mayoría de los casos en la práctica, principalmente en la esfera de los negocios internacionales. En ese sentido, se ha querido limitar la viabilidad de la figura a la esfera única de las grandes corporaciones multinacionales. Consideramos, a la luz de lo investigado, que el *joint venture* es una herramienta válida para todo tipo de agentes económicos, incluyéndose entre éstos a las pequeñas y

medianas empresas (PYME) de los países en desarrollo. Un adecuado conocimiento de los aspectos jurídicos de la figura, ayudará a un mejor aprovechamiento de sus virtudes, que son, entre otras: penetración a nuevos mercados, complementación de recursos a través de la cooperación empresarial, y transferencia de tecnología avanzada.

SÉPTIMA: Una operación de *joint venture* implica, en mayor o menor medida, un riesgo latente de incurrir en prácticas sancionadas por el derecho de la competencia económica. En el caso mexicano, la Ley Federal de Competencia Económica no menciona específicamente a la figura pero, dependiendo del caso en particular y de los efectos que represente sobre la competencia en el mercado, no puede descartarse la posibilidad de que se materialicen, a través de una relación de *joint venture* y sus contratos derivados, prácticas monopólicas absolutas o relativas. Además, en el caso de los *joint ventures* societarios, los mismos son pasibles de ser considerados “concentraciones” prohibidas por la LFCE y, por lo tanto, impugnables por la Comisión Federal de Competencia. En algunos supuestos, resulta incluso necesario realizar una notificación previa a la Comisión. Por su parte, en cuanto al derecho paraguayo, existe hasta la fecha una laguna jurídica total en la materia, principalmente tras el rechazo del proyecto de Ley de Defensa de la Competencia que se venía tratando en el Poder Legislativo, que en su texto ponía un énfasis importante en la regulación de las concentraciones.

OCTAVA: En el caso específico del contrato de *joint venture* internacional, que es aquél que presenta puntos de conexión con más de un ordenamiento jurídico estatal, se presenta el problema de cuál es el derecho aplicable al fondo del contrato. Sobre ese punto, los sistemas de derecho internacional privado de México y Paraguay, ofrecen soluciones distintas. El derecho mexicano consagra en general el principio de la autonomía de la voluntad en materia conflictual, en virtud del cual las partes de un contrato internacional pueden escoger el derecho a ser aplicado al fondo del contrato; en defecto de dicha elección, rige el derecho

del lugar de ejecución del contrato. En contrapartida, en Paraguay, dicha autonomía no está permitida, estableciéndose en general la aplicabilidad del derecho paraguayo a todos los contratos a ser ejecutados en la República. Sin embargo, a partir de la sanción de la Ley de Arbitraje y Mediación, se permite a las partes de un contrato internacional la posibilidad de elegir el derecho aplicable, siempre y cuando acuerden establecer como mecanismo de resolución de controversias el arbitraje.

NOVENA: El arbitraje es, en efecto, el mecanismo más adecuado para resolver las controversias derivadas de un contrato de *joint venture* internacional. Prueba de ello, entre otras razones, es su inclusión como mecanismo preferente en los Acuerdos Modelo CCI de Joint Venture Contractual y Corporativo. Además, el carácter *intuitu personae* del *joint venture* obliga a que la solución de los conflictos deba ser rápida, discreta, y acorde a lo dispuesto por las partes en el contrato y a sus expectativas razonables, todo lo cual puede ser garantizado en mayor medida por el arbitraje.

DÉCIMA: Tanto México como Paraguay ofrecen una regulación moderna del arbitraje internacional realizado en sus territorios, a través de normas inspiradas en la Ley Modelo de UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional, que en México están contenidas en el Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio (reforma introducida en 1993), y en Paraguay en la Ley de Arbitraje y Mediación (sancionada en 2002).

DÉCIMA PRIMERA: En lo que se refiere al reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros, México y Paraguay son Estados Partes de los instrumentos más importantes de la materia en los ámbitos mundial y regional, respectivamente: la Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York), y la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (Convención de Panamá). Ese hecho, en complemento con lo

dispuesto en la normativa sobre arbitraje de fuente interna en ambos países, asegura ampliamente el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales dictados en el extranjero, lo cual resulta muy importante para el caso de que, como mecanismo de resolución de controversias en un contrato de *joint venture* internacional, se haya optado por recurrir a un arbitraje institucional o *ad-hoc* llevado a cabo en un país distinto a aquél donde se desea ejecutar el laudo.

DÉCIMA SEGUNDA: La relación entre el orden público y el arbitraje es sin duda uno de los problemas más importantes que este último acarrea. Si bien es de esperar que los árbitros apliquen las disposiciones imperativas de los Estados con los que el contrato internacional tenga vínculos —en particular el del lugar de ejecución del mismo—, como así también velen por el respeto del orden público interno e internacional, no es infrecuente que ocurra lo contrario. Por ese motivo, sostenemos que, al momento de solicitarse el reconocimiento y ejecución de un laudo, el juez nacional competente tiene el deber de verificar, en el marco de un criterio cuidadoso y restringido, que no se hayan ignorado flagrantemente disposiciones imperativas y que el contenido del laudo no contravenga el orden público del foro, ni el internacional. Sólo así se conseguirá mantener bajo control los posibles excesos en que las partes de un contrato internacional pueden incurrir al momento de escoger un derecho aplicable. A fin de cuentas, delicadas cuestiones referentes a medio ambiente, derechos del consumidor, derecho de la competencia, leyes fiscales, entre otras, pueden estar en juego al decidir sobre las controversias generadas respecto a un contrato de *joint venture* internacional.

FUENTES

A- Bibliografía

ARCE GARGOLLO, Javier, *Contratos mercantiles atípicos*, Porrúa, México, decimosegunda edición, 2007.

BARRERA GRAF, Jorge, *Instituciones de derecho mercantil*, Porrúa, México, séptima reimpresión de la segunda edición (1991), 2008.

BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Obligaciones*. Tomo II, Perrot, Buenos Aires, octava edición, 1998.

CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo y Julio Alberto KELLY, *Contratos de colaboración empresarial. Agrupaciones de colaboración, uniones transitorias de empresas y joint ventures*, Heliasta, Buenos Aires, 1987.

CASTRILLÓN Y LUNA, Víctor M., *Sociedades mercantiles*, Porrúa, México, tercera edición corregida y aumentada, 2008.

COLAIACOVO, Juan Luis, Rubén Daniel AVARO, Marilda Rosado DE SA RIBEIRO y Hernán NARBONA VELIZ, *Joint ventures y otras formas de cooperación empresarial internacional*, Macchi, Buenos Aires, 1992.

CRUZ MIRAMONTES, Rodolfo y Óscar CRUZ BARNEY, *El arbitraje. Los diversos mecanismos de solución de controversias: Análisis y práctica en México*, Porrúa-UNAM, México, 2004.

DE LA MADRID ANDRADE, Mario, *El joint venture. Los negocios jurídicos relacionados*, Porrúa, México, 2005.

- FARINA, Juan, *Contratos comerciales modernos*, Astrea, Buenos Aires, primera reimpresión de la segunda edición (1997), 1999.
- FONTANARROSA, Rodolfo O., *Derecho comercial argentino. Tomo 1: Parte General*, Zavalía, Buenos Aires, novena edición (reimpresión), 1997.
- GHERSI, *Contratos civiles y comerciales. Partes general y especial. Empresas. Negocios. Consumidores*, Tomo 1, Astrea, Buenos Aires, sexta edición actualizada y ampliada, 2006.
- GHERSI, Carlos Alberto, *Contratos civiles y comerciales. Partes general y especial. Empresas. Negocios. Consumidores*, Tomo 2, Astrea, Buenos Aires, quinta edición, 2002.
- GINEBRA SERRABOU, Xavier, *Alianzas estratégicas o joint ventures*, Themis, México, Colección Ensayos Jurídicos, segunda edición, 2006.
- GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *Competencia económica. Aspectos jurídicos y económicos*, Porrúa, México, 2005.
- LE PERA, Sergio, *Joint venture y sociedad*, Astrea, Buenos Aires, cuarta reimpresión, 2001.
- MARTORELL, Ernesto Eduardo, *Tratado de los Contratos de Empresa*, Tomo III, Depalma, Buenos Aires, 1997.
- MARZORATI, Osvaldo J., *Alianzas estratégicas y joint ventures*, Astrea, Buenos Aires, 1996.

- MIQUEL RODRÍGUEZ, Jorge, *La sociedad conjunta (joint venture corporation)*, Civitas, Madrid, 1998.
- MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio, *Temas de contratación internacional, inversiones y arbitraje*, Ediciones Jurídicas Catena – CEDEP, Asunción, 2006.
- OLAVO BAPTISTA, Luis y Pascal DURAND-BARTHEZ, *Les associations d'entreprises (Joint Ventures) dans le commerce international*, FEDUCI – LGDJ, París, 1986.
- PEREZNIETO CASTRO, Leonel, *Derecho internacional privado. Parte general*, Oxford, México, octava reimpresión de la octava edición (2003), 2008.
- PEREZNIETO CASTRO, Leonel y Jorge Alberto SILVA SILVA, *Derecho internacional privado. Parte especial*, Oxford, México, segunda edición, 2007.
- RECALDE D'ANDREA, Sergio, *Derecho y negocios*, La Ley, Asunción, 2004.
- SIERRALTA RÍOS, Aníbal, *Joint venture internacional*, Depalma, Buenos Aires, 1996.
- SIERRALTA RÍOS, Aníbal y Luis OLAVO BAPTISTA, *Aspectos jurídicos del comercio internacional*, Fondo Editorial de la Fundación Academia Diplomática del Perú, Lima, 1992.
- SILVA ALONSO, Ramón, *Derecho internacional privado*, Intercontinental, Asunción, octava reedición, 2007.
- VELÁZQUEZ GUIDO, Ernesto, *Introducción al estudio de los contratos*, Intercontinental, Asunción, 2007.

WITKER, Jorge y Angélica VARELA, *Derecho de la competencia económica en México*, UNAM – IIJ, México, 2003, Serie Doctrina Jurídica N° 157.

B- Artículos

ABASCAL ZAMORA, José María, “La interpretación uniforme de la Convención de Nueva York y del Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio”, en PEREZNIETO CASTRO (comp.), *Arbitraje comercial internacional*, Fontamara, México, segunda reimpresión de la primera edición (2000), 2006, pp. 129-155.

BREUER, Luis A., “Una breve introducción al arbitraje comercial internacional”, en MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio (coord.), *Arbitraje y mediación*, Intercontinental – CAMP, Asunción, 2003, pp. 89-114.

DE LA MADRID ANDRADE, Mario, “El derecho aplicable al contrato internacional de *joint venture*”, en ADAME GODDARD, Jorge (coord.), *Derecho privado. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, IIJ-UNAM, México, 2005, serie Doctrina Jurídica N° 218, pp. 343-355.

DE LA MADRID ANDRADE, Mario, “El *joint venture* como sociedad”, en ADAME GODDARD, Jorge (coord.), *Derecho civil y romano. Culturas y sistemas jurídicos comparados*, IIJ-UNAM, México, Serie Doctrina Jurídica, N° 290, 2006, pp. 81-93.

DÍAZ DELGADO, Rolando, “El derecho aplicable al fondo del contrato con cláusula de arbitraje”, en MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio (coord.), *Arbitraje y mediación*, Intercontinental – CAMP, Asunción, 2003, pp. 223-275.

- GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, “El arbitraje y la judicatura. ¿*Quis custodiet custodes?*”, p. 94, en GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria y Sonia RODRÍGUEZ JIMÉNEZ (coord.), *Arbitraje comercial internacional*, Porrúa – UNAM, México, 2007, pp. 93-168.
- LOPERENA RUIZ, Carlos, “Ejecución de laudos arbitrales comerciales extranjeros en México”, en PEREZNIETO CASTRO (Comp.), *Arbitraje comercial internacional*, Fontamara, México, segunda reimpresión de la primera edición (2000), 2006, pp. 107-118.
- MEDINA MORA, Raúl, “Cláusula y acuerdos arbitrales”, en PEREZNIETO CASTRO, Leonel (comp.), *Arbitraje comercial internacional*, Fontamara, México, segunda reimpresión de la primera edición (2000), 2006, pp. 15-29.
- PIEDRECASAS, Miguel A., “Contratos comerciales internacionales”, en ADAME GODDARD, Jorge (coord.), *Derecho privado. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, IJ-UNAM, México, 2005, serie Doctrina Jurídica N° 218, pp. 375-404.
- RENTERÍA DÍAZ, Adrián, “Nueva *lex mercatoria* y globalización”, en SILVA, Jorge Alberto (coord.), *Estudios sobre lex mercatoria*, IJ-UNAM, México, 2006, serie Doctrina Jurídica N° 319, pp. 201-224.
- SEVO, Jelena, “La Ley de Arbitraje y UNCITRAL”, pp. 396-397, en MORENO RODRÍGUEZ (coord.), *Arbitraje y mediación*, Intercontinental – CAMP, Asunción, 2003, pp. 381-419.
- SILVA, Jorge Alberto, “Resurgimiento de la *lex mercatoria*”, en SILVA, Jorge Alberto (coord.), *Estudios sobre lex mercatoria*, IJ-UNAM, México, 2006, serie Doctrina Jurídica N° 319, pp. 225-285.

C- Legislación

a) **México**

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Código Civil Federal.

Código de Comercio.

Ley Federal de Competencia Económica.

Ley General de Sociedades Mercantiles.

Ley de Inversión Extranjera.

b) **Paraguay**

Constitución Nacional de la República del Paraguay.

Código Civil.

Ley N° 1034/83 “Del comerciante”.

Ley N° 117/91 “De inversiones”.

Ley N° 117/93 “Que regula las sociedades de capital e industria”.

Ley N° 1284/98 “Del mercado de valores”.

Ley N° 1879/2002 “De arbitraje y mediación”.

c) ***Instrumentos internacionales***

Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras.

Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías.

Tratados de Derecho Civil Internacional de 1889 y 1940 (“Tratados de Montevideo”).

Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales.

Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional.

Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en materia de Sociedades Mercantiles.

D- Fuentes electrónicas

Sitio oficial en Internet de la Comisión Federal de Competencia de México:
<www.cfc.gob.mx>

Sitio oficial en Internet de la UNCITRAL:
<www.uncitral.org>

Sitio oficial en Internet de UNIDROIT:
<www.unidroit.org>

Sitio en Internet de UNILEX:

<www.unilex.info>

Sitio oficial en Internet de la Secretaría de Asuntos Jurídicos de la OEA:

<www.oas.org/DIL/esp/secretaria_asuntos_juridicos.htm>

Sitio de Internet *Juris Internacional*, en el enlace de “Centros de arbitraje y mediación: Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional”:

<www.jurisint.org/es/ctr/32.html>

Sitio oficial en Internet de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial:

<www.ciac-iacac.org>