



**UNIVERSIDAD PANAMERICANA
FACULTAD DE DERECHO
POSTGRADOS EN DERECHO**

**EL *JOINT VENTURE* Y LOS NEGOCIOS
JURÍDICOS RELACIONADOS**

TESIS

que para obtener el diploma de

DOCTOR EN DERECHO

presenta

MARIO DE LA MADRID ANDRADE

DIRECTOR: DR. JORGE ADAME GODDARD

Noviembre del 2004.



56051



**UNIVERSIDAD PANAMERICANA
FACULTAD DE DERECHO
POSTGRADOS EN DERECHO**

**EL *JOINT VENTURE* Y LOS NEGOCIOS
JURÍDICOS RELACIONADOS**

TESIS

que para obtener el diploma de

DOCTOR EN DERECHO



UNIVERSIDAD PANAMERICANA
SEDE GUADALAJARA
BIBLIOTECA

presenta

MARIO DE LA MADRID ANDRADE

DIRECTOR: DR. JORGE ADAME GODDARD

Noviembre del 2004.

CLASIF: TE DRE 2004 MAD

ADQUIS: 56051 ij.

FECHA: 19/01/05

DONATIVO DE _____

\$ VI, 287h 11" 22 cm.

502. Tesis (Doctorado) - Universidad Panamericana Campus Guadalajara, 2004

504. Incluye referencias bibliográficas.

1. Derecho - Tesis y disertaciones académicas - Universidad Panamericana Campus Guadalajara, 2004.

2. Derecho comercial - Licencias (Negocios)

3. Jurisprudencia comercial.

346.07 MAD 2004.

A mis padres.

A Coty mi esposa,
y a mis hijos Coty, Marian y Mario.

Agradezco a la Maestra Olga Alicia Krauss
Torres, quien realizó una buena parte
de las traducciones que se citan
en el presente trabajo.

INDICE

INTRODUCCIÓN. LOS CONTRATOS ASOCIATIVOS Y EL JOINT VENTURE.

1. Consideraciones preliminares.	1
2. Los contratos asociativos.	2
2.1. Concepto y clasificación.	2
2.2. El fenómeno asociativo actual.	4
2.3. La libertad de asociación y los contratos asociativos atípicos.	7
3. El <i>joint venture</i> : una aproximación.	10
3.1. Definición preliminar.	10
3.2. Los beneficios del <i>joint venture</i> .	10
3.3. El <i>joint venture</i> como operación compleja.	13
3.4. El enfoque del tema.	14

TITULO PRIMERO. EL JOINT VENTURE.

CAPÍTULO I. EL ORIGEN DEL JOINT VENTURE.

1.1. El origen del <i>joint venture</i> .	17
1.2. La <i>partnership</i> .	20
1.2.1. Rasgos característicos de la <i>partnership</i> .	22
1.2.2. Formación de la <i>partnership</i> .	23
1.2.2.1. La participación en las utilidades como presunción de la existencia de una <i>partnership</i> .	24
1.2.2.2. La responsabilidad del socio aparente.	
La <i>partnership</i> por <i>estoppel</i> .	26
1.2.3. El <i>joint venture</i> como una forma de <i>partnership</i> .	30

CAPÍTULO II. DEFINICIÓN Y CARACTERES DEL JOINT VENTURE.

2.1. Definición y caracteres del <i>joint venture</i> .	31
2.2. Naturaleza contractual.	35
2.3. Objeto común.	39
2.4. Contribución de las partes.	44
2.5. Beneficio común.	58
2.6. Responsabilidad solidaria e ilimitada.	65
2.7. <i>Agency</i> o representación.	68
2.8. Gestión común.	74
2.9. Control conjunto.	75
2.10. Patrimonio.	79

CAPÍTULO III. LAS MODALIDADES DEL JOINT VENTURE. DIFERENCIA CON FIGURAS AFINES.

3.1. Modalidades del joint venture.	83
3.1.1. Por el medio utilizado para su ejecución.	83
a) El <i>joint venture</i> contractual.	84
b) El <i>joint venture</i> societario.	86
c) El <i>joint venture</i> mixto.	88
3.1.2. Por la aportación de capital a la empresa conjunta.	89
3.1.3. Por el empleo de una jurídica.	90
3.1.4. Por la posición que ocupa el <i>joint venture</i> en relación con las partes.	90
3.1.5. Por la relación que exista entre el <i>joint venture</i> y las partes.	91
3.1.6. Por el objeto y destino de la actividad del <i>joint venture</i> .	91
3.1.7. Por la manera como se administra el <i>joint venture</i> .	92
3.1.8. De acuerdo al ámbito en que se desarrolla el <i>joint venture</i> .	93
3.2. La interpretación del contrato de <i>joint venture</i> .	93
3.3. Diferencia del <i>joint venture</i> con otras figuras.	94

CAPÍTULO IV. EL JOINT VENTURE AGREEMENT O CONTRATO DE BASE.

4.1. Consideraciones preliminares.	99
4.2. El contenido del <i>joint venture agreement</i> .	101
4.3. Cláusulas específicas.	103
4.3.1. La identidad de las partes.	103
4.3.2. El objeto del <i>joint venture</i> , la contribución de las partes y la participación en las utilidades o dividendos. Remisión.	104
4.3.3. Los medios que se emplearán para la ejecución del acuerdo.	104
4.3.4. Las operaciones comerciales internas.	104
4.3.5. Cláusula sobre el análisis de la situación de la empresa (<i>Due diligence procedure</i>).	105
4.3.6. Cláusula sobre revelación de información relevante (<i>Disclosure</i>).	107
4.3.7. Afirmaciones vinculantes (<i>Representations and warranties</i>).	109
4.3.8. Cláusula sobre ausencia de cambios substanciales (<i>Absence of material changes</i>).	111
4.3.9. Subsistencia del <i>joint venture agreement</i> .	113
4.3.10. Fuerza mayor (<i>Force majeure</i>).	115
4.3.11. Cláusula sobre la excesiva onerosidad (<i>Hardship</i>).	117
4.3.12. Cláusula de igual oportunidad (<i>Equal opportunity</i>).	120

4.3.13. Cláusula de no-competencia.	121
4.3.14. Modificaciones.	127
4.3.15. Cláusula de acuerdo total.	128
4.3.16. Cláusula sobre el curso ordinario del negocio (<i>Ordinary course of dealing</i>).	129
4.3.17. Cuestiones ambientales.	130
4.3.18. Confidencialidad.	130
4.3.19. Cláusula de derecho aplicable.	131
4.3.20. Los mecanismos para la resolución de controversias.	135

CAPÍTULO V. ASPECTOS SOCIETARIOS DEL JOINT VENTURE.

TRANSMISIÓN DEL CONTRATO Y TERMINACIÓN DEL JOINT VENTURE.

5.1. Aspectos societarios.	137
5.1.1. Derecho de las minorías.	138
5.1.1.1. Las minorías en las asambleas..	140
5.1.1.2.. Las minorías en los órganos de administración.	148
5.1.1.3. Las minorías en los órganos de vigilancia.	154
5.1.2. Aspectos contables..	155
5.2. Transmisión de la calidad de parte en el <i>joint venture</i> .	158
5.2.1. El derecho a la primera opción o <i>right of first refusal</i> .	158
5.2.2. El derecho a la primera oferta o <i>first offer right</i> ..	159
5.2.3. El derecho a agregarse o <i>tag-along right</i> .	159
5.2.4. El derecho a prolongar o <i>drag-along right</i> .	160
5.3. Terminación del <i>joint venture</i> .	162
5.3.1. Cuestiones previas.	162
5.3.2. Las causas de terminación.	162
5.3.2.1. Por el vencimiento del plazo.	162
5.3.2.2. Por mutuo disenso.	163
5.3.2.3. Por la voluntad unilateral de una de las partes.	164
5.3.2.4. Por la muerte de uno de los <i>venturers</i> ..	164
5.3.2.5. Por ocurrir situaciones de <i>impasse</i> .	165
5.3.2.6. La resolución por incumplimiento de obligaciones.	166
5.3.2.6.1. El derecho a subsanar el incumplimiento.	170
5.3.2.6.2. El plazo adicional para el cumplimiento.	172
5.3.3. Las consecuencias de la terminación.	174
5.3.4. Los mecanismos de salida.	176
5.3.4.1. <i>Puts and calls options</i> .	177
5.3.4.2. <i>Buy-sell device</i> .	178
5.3.4.3. Otros mecanismos de salida.	180
5.3.5. La indemnización de los daños y perjuicios.	185
5.3.6. La liquidación del <i>joint venture</i> .	186

TÍTULO SEGUNDO. LOS NEGOCIOS JURÍDICOS RELACIONADOS CON EL JOINT VENTURE.

CAPÍTULO I. EL PROTOCOLO O CARTA DE INTENCIÓN.

1.1. La etapa precontractual y la carta de intención.	187
1.2. La libertad de negociación.	188
1.3. El concepto de la carta de intención.	190
1.4. La responsabilidad civil derivada de las negociaciones como responsabilidad negocial.	191
1.4.1. <i>Tesis de Ihering.</i>	191
1.4.2. <i>Tesis de Faggella.</i>	192
1.4.3. <i>Tesis de Saleilles.</i>	193
1.4.4. <i>Tesis de Brebbia.</i>	194
1.5. Requisitos de la carta de intención.	195
1.5.1. <i>Las partes en el joint venture.</i>	
1.5.2. <i>Objetivo del joint venture.</i>	
1.5.3. <i>Contribución de las partes al joint venture.</i>	
1.5.4. <i>Vigencia de la carta de intención.</i>	
1.5.5. <i>Carácter provisional.</i>	
1.5.6. <i>Obligación de confidencialidad.</i>	
1.5.7. <i>Obligación de no competir.</i>	
1.5.8. <i>Otros aspectos de la carta de intención.</i>	
1.6. Documentos que se anexan a la carta de intención.	199
1.7. Contrato preparatorio o promesa de contrato de <i>joint venture</i> .	201

CAPÍTULO II. EL ACUERDO DE CONFIDENCIALIDAD.

2.1. Consideraciones preliminares.	203
2.2. El concepto del acuerdo de confidencialidad.	204
2.3. La información confidencial como objeto del acuerdo de confidencialidad.	205
2.3.1. <i>El secreto industrial o comercial.</i>	206
2.3.2. <i>Información confidencial por determinación de las partes.</i>	208
2.3.3. <i>Determinación de la información confidencial en los confidentiality agreements.</i>	209
2.4. Contenido obligacional del acuerdo de confidencialidad.	211
2.5. Los terceros y la información confidencial.	215
2.5.1. <i>Los terceros independientes del primer receptor.</i>	
2.5.2. <i>Los empleados.</i>	
2.5.3. <i>Las sociedades dependientes del primer receptor.</i>	
2.6. La información confidencial proporcionada a las autoridades.	218
2.7. Duración del acuerdo de confidencialidad.	219
2.8. La responsabilidad relacionada con el secreto industrial o comercial.	219
2.8.1. <i>Responsabilidad penal.</i>	
2.8.2. <i>Responsabilidad civil.</i>	
2.8.3. <i>Competencia.</i>	
2.9. Otras disposiciones del acuerdo de confidencialidad.	221

CAPÍTULO III. EL DUE DILIGENCE PROCEDURE.

3.1. Cuestiones previas.	223
3.2. El concepto del <i>due diligence process</i> .	224
3.3. Las obligaciones del <i>due diligence process agreement</i> .	225
3.4. Aspectos del <i>due diligence procedure</i> .	226
3.5. El dictamen del auditor.	228
3.6. <i>Letter opinion</i> u opinión del abogado.	228
3.7. Consecuencias posteriores a la conclusión del <i>due diligence procedure</i> .	229

CAPÍTULO IV. EL ACUERDO DE SOCIOS.

4.1. Consideraciones preliminares.	231
4.2. Los negocios parasociales. Concepto.	232
4.3. El <i>acuerdo de socios</i> en sentido estricto.	234
4.3.1. El concepto del <i>acuerdo de socios</i> .	234
4.3.2. El contenido del <i>acuerdo de socios</i> .	235
4.3.3. El <i>acuerdo de socios</i> y el <i>joint venture agreement</i> .	235
4.3.4. La sociedad como parte del <i>acuerdo de socios</i> .	236
4.3.5. Problemas derivados de la transferencia de acciones.	237

CAPÍTULO V. LOS CONTRATOS DERIVADOS DEL JOINT VENTURE AGREEMENT.

5.1. Consideraciones preliminares.	239
5.2. El carácter de los contratos derivados.	241
5.2.1. Contratos de cambio o contratos de comunidad de fin.	241
5.2.2. Manera de prever los contratos derivados.	242
5.3. Los contratos derivados en particular.	244
5.3.1. Los contratos para el comercio de bienes y servicios.	245
5.3.2. Los contratos de transferencia de tecnología.	251
5.3.2.1. Clasificación de los contratos de transferencia de tecnología.	
5.3.2.2. Las cláusulas usuales en los contratos de transferencia de tecnología.	
5.4. Los contratos relacionados con la administración.	254
5.5. Los contratos de <i>engineering</i> .	256

CONCLUSIONES. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL JOINT VENTURE Y DE SUS DISPOSICIONES SOCIETARIAS.

6.1. La naturaleza jurídica del <i>joint venture</i> .	261
6.1.1. El <i>joint venture</i> como contrato de sociedad.	263
6.1.2. La regulación del <i>joint venture</i> en México.	269
6.2. Las disposiciones societarias del <i>joint venture</i> .	273
6.2.1. Consideraciones preliminares.	273
6.2.2. Las relaciones internas en la sociedad.	275

6.2.3. La eficacia de las disposiciones societarias del <i>joint venture</i> : validez y oponibilidad.	280
6.2.4. Las consecuencias jurídicas de las disposiciones societarias del <i>joint venture</i>	284
6.2.5. El carácter de las disposiciones societarias del <i>joint venture</i>	287

INTRODUCCIÓN

LOS CONTRATOS ASOCIATIVOS Y EL *JOINT VENTURE*

Lic. Mario de la Madrid Andrade

1. Consideraciones preliminares. 2. Los contratos asociativos. 2.1. Concepto y clasificación. 2.2. El fenómeno asociativo actual. 2.3. La libertad de asociación y los contratos asociativos atípicos. 3. El *joint venture*: una aproximación. 3.1. Definición preliminar. 3.2. Los beneficios del *joint venture*. 3.3. El *joint venture* como relación compleja. 3.4. El enfoque del tema.

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.

Una de las maneras como las personas pueden satisfacer sus intereses económicos es mediante el intercambio de bienes y servicios, lo que da lugar a los *contratos de cambio*.¹

Durante la época posclásica del Derecho romano, Justiniano propuso un grupo de contratos a los que se les denominó *contratos innominados*,² que agrupados en cuatro categorías describen, en esencia, el fenómeno que ocurre en aquellos negocios jurídicos, que se identificaron con las fórmulas: *do ut des*, *do ut facias*, *facio ut des*, *facio ut facias*.³ La compraventa, permuta y arrendamiento son contratos típicos de cambio.

¹ Cfr. VALPUESTA Fernández Ma. R., *Derecho de Obligaciones y Contratos*, Tirant Lo Blanch, segunda edición, Valencia 1995, p. 761.

² Cfr. MARGADANT Guillermo Floris, *Derecho Romano*, Esfinge, séptima edición, México 1977, pp. 424-425.

³ Significa: *doy para que des*, *doy para que hagas*, *hago para que des* y *hago para que hagas*. Los contratos *do ut facias* y el *facio ut des* son, en realidad, un mismo contrato,

Sin embargo, cualquiera que fuere la naturaleza de los intereses, éstos no siempre se satisfacen por medio del señalado intercambio; en ocasiones es necesario alcanzarlo por el esfuerzo compartido de varias personas, que se ven precisadas a unirse con ese objetivo. La particularidad de tales relaciones estriba en la contribución o colaboración de los partícipes y la existencia de una finalidad común que pretenden alcanzar,⁴ que da origen a los *contratos asociativos*.

En la actualidad, las figuras jurídicas pertenecientes a este último grupo de contratos se ha diversificado en forma tal, que no es posible encuadrar todas las relaciones asociativas en alguna de las instituciones reguladas,⁵ ni atribuirles, tampoco, personalidad jurídica. Todas quedan comprendidas, sin embargo, dentro del género *asociación* o *sociedad*.

Esto significa que la materia de los *contratos asociativos* ha ingresado al campo de la atipicidad contractual,⁶ por lo que será necesario realizar algunos comentarios en torno a los expresados negocios jurídicos.

2. LOS CONTRATOS ASOCIATIVOS.

2.1. Concepto y clasificación.

Los *contratos asociativos* son aquellos por virtud de los cuales las partes realizan una contribución de diversa naturaleza, con la finalidad de alcanzar un objetivo común, y así satisfacer sus propios intereses.⁷

observado desde el ángulo de quien debía prestar el servicio, o desde la perspectiva de quien ofrecía la contraprestación en especie (Cfr. MARGADANT, *ib.*, p. 382).

⁴ Cfr. VALPUESTA, *op. cit.*, p. 761.

⁵ Nos referimos, principalmente, a la asociación civil, la sociedad civil, la sociedad mercantil en sus distintas variantes y la asociación en participación, además de otras (como las sociedades rurales).

⁶ Los *contratos atípicos* son los que no se hallan regulados por la norma jurídicas, en cuanto a los derechos y obligaciones y produce.

⁷ Farina define los *contratos asociativos* como "aquellos en los que las partes, sin menoscabar sus intereses particulares, se vinculan con la finalidad de perseguir un objetivo común, mediante el cual los asociados tratan de satisfacer sus propios intereses particulares (económicos, intelectuales, espirituales, etcétera)" (FARINA Juan M., *Contratos Comerciales Modernos*, Astrea, Buenos Aires, pp. 741-742).

Tales contratos se dividen en dos grupos: (a) Los contratos asociativos en sentido *lato* y (b) los contratos asociativos en sentido propio.

Como lo sostiene Farina, en los primeros existe un asociante, que es quien tiene el *dominus* del negocio, y uno o varios asociados; estos últimos no participan en la gestión del negocio, ni concurren a la formación de una voluntad colectiva.⁸ El paradigma de esta clase de contratos es la *asociación en participación*.

En éstos, el asociante tiene la obligación de entregar al asociado, “una parte de las utilidades que produce todo o un sector de su negocio, las cuales, de momento, son obtenidas todas por el asociante y existe el correspondiente derecho personal (de crédito) del asociado frente al asociante, a obtener la parte convenida”.⁹

En los contratos asociativos en sentido propio, todos los que participan tienen el carácter de asociados, por lo que no se aprecia la figura del asociado. En ellos, ...

cada parte participa directamente y a título jurídicamente igualitario en el negocio o en la empresa común... con intervención directa o indirecta en la gestión de los negocios comunes, con la facultad de concurrir a la formación de la voluntad colectiva y con derecho a participar de los beneficios exigibles directamente al órgano común... se caracterizan por ser contratos de organización, lo cual no ocurre –necesariamente– en los que calificamos de asociativos en sentido lato”.¹⁰

En este último grupo de contratos encontramos figuras de carácter *esencialmente* asociativo y otras de carácter societario, por lo que, el concepto de *contrato asociativo* funge como un género del cual la asociación¹¹ y la sociedad son una especie.¹²

⁸ FARINA, *op. cit.*, pp. 742-743.

⁹ Farina considera que en esta clase de contratos no existe, en sentido estricto, una distribución de las utilidades, tal como ocurre en la sociedad, en la que las utilidades le pertenecen a ésta y respecto de las cuales, los socios tienen un derecho común (FARINA, *ib.*, p. 742).

¹⁰ FARINA, *ib.*, p. 743.

¹¹ “La palabra *asociación* es la acción y el efecto de asociarse, o sea de unirse dos o más personas con una finalidad determinada, que puede ofrecer muy diversos aspectos o

El término *asociación* es más amplio que el de *sociedad*.¹³ De acuerdo con Zannoni, toda *sociedad* tiene su origen en un contrato asociativo, que ha recibido el nombre de *contrato plurilateral de organización*; sin embargo, "no todo contrato asociativo da, necesariamente, origen a una sociedad considerada como persona jurídica".^{14/15}

2.2. El fenómeno asociativo actual.

Como lo dejamos apuntado, las relaciones asociativas *latu sensu* presentan diversas modalidades que escapan a las figuras tradicionales reconocidas por las normas jurídicas.

Una de las causas que han originado la señalada diversificación se encuentra en la competencia en que las empresas¹⁶ se hallan inmersas para lograr la preferencia de los consumidores y el dominio de los mercados, que representa una necesidad actual para ellas. Esto ha sido considerado por Cleri como un ingrediente fundamental para el incremento no sólo de las relaciones asociativas entre empresas, sino también entre Estados, lo que ha dado lugar a la

intenciones: políticas, religiosas, benéficas, culturales, profesionales, mercantiles", etcétera (Enciclopedia Jurídica OMEBA, Tomo I, Driskill, Buenos Aires 1986, p. 842).

¹² Cfr. ZANNONI Eduardo A., *Contrato Asociativo y Sociedad*, Revista de Derecho Privado y Comunitario. Contratos Modernos, Rubinzal -Culzoni, Buenos Aires 1997, p. 72.

¹³ Enciclopedia Jurídica OMEBA, *ib.*, p. 849. Cfr. PETIT Eugene, *Derecho Romano*, Porrúa, décima tercera edición, México 1997, p. 405; ZANNONI, *op. cit.*, p. 72; GARRIGUES Joaquín, Curso de Derecho Mercantil, tomo I, Porrúa, primera reimpression, México 1987, p. 307.

¹⁴ ZANNONI, *op. cit.*, 72.

¹⁵ La asociación y la sociedad se distinguen en que, a diferencia de aquella, ésta persigue fines lucrativos (Cfr. Enciclopedia Jurídica OMEBA, Tomo I, p. 849). No se trata de la distinción tradicional entre la *asociación civil*, la *sociedad civil* y la *sociedad mercantil*, como figuras específicas dotadas de personalidad jurídica pertenecientes al género asociativo, que se ha establecido a partir del señalado aspecto, sino de la diferencia entre figuras genéricas de naturaleza asociativa o societaria, con total prescindencia del atributo de la personalidad. La *asociación civil* no persigue fines de lucro, la *sociedad civil* tiene fines preponderantemente económicos y la *sociedad mercantil* constituye una especulación comercial. Según Petit, la sociedad se distingue de la asociación en que tiene por causa el interés personal de los socios, lo que no ocurre en la asociación (PETIT, *op. cit.*, 405).

¹⁶ En nuestra exposición, emplearemos la palabra *empresa* para significar a la persona natural o jurídica titular de una empresa en sentido económico.

integración de mercados regionales, con la finalidad de radicar en su propio territorio, actividades productivas, con los beneficios que ello implica.¹⁷

Si bien las sociedades mercantiles surgieron, primordialmente, por la necesidad de las personas físicas para vincularse con la finalidad de alcanzar beneficios comunes, esas sociedades así conformadas, consideradas aisladamente, tienen el riesgo de padecer, en la época moderna, de insuficiente solidez para enfrentar los avatares de la competencia comercial, por lo que se ven obligadas a relacionarse con otras sociedades, mediante vínculos asociativos, para constituir grupos de empresas con mayor fortaleza, al conjuntar sus diversas habilidades.¹⁸ Este es, sin duda, un rasgo característico de nuestro tiempo.

El *ciclo de vida* de los productos se ha reducido sensiblemente debido al desarrollo de la tecnología, la que, a su vez, se vuelve obsoleta en el corto tiempo. Ello obliga a las *empresas* a efectuar erogaciones importantes en investigación y desarrollo tecnológico, que les permita lograr una ventaja sobre sus competidores, para mantener sus productos en el comercio. Para cubrir tales erogaciones, deben ampliar sus operaciones comerciales, lo que implica obtener una mayor presencia en los mercados.¹⁹

Ese esfuerzo significa para las empresas conjuntar recursos entre ellas "para alcanzar la cobertura de los dos factores claves del éxito, el dominio de la tecnología y de los mercados", por lo que las relaciones asociativas representan la opción más viable. Con ello, tienen la posibilidad de "lograr escalas más amplias, para amortizar los costos de producción y otros gastos fijos", y realizar en conjunto "esfuerzos para desarrollar nuevas tecnologías".²⁰

El incremento de las *asociaciones empresariales* y su diversificación son rasgos de la *globalización de la economía mundial* que comenzó, según Cleri, con la unificación del mercado financiero, que se extendió, posteriormente, al sector real de la economía.²¹ Sin embargo, como lo sostiene el citado autor, "no es

¹⁷ Cfr. CLERI, Carlos A.R.; *Estrategias de Alianzas*; Macchi; Buenos Aires 1996; pp. 33, 54.

¹⁸ Cfr. CLERI, *ib.*, p. 4.

¹⁹ Cfr. CLERI, *ib.*, pp. 1, 5-6, 21-23.

²⁰ CLERI, *ib.*, pp. 5-6.

²¹ Cfr. CLERI, *ib.*, p. 21.

posible determinar si la globalización obligó a la internacionalización de las actividades empresariales, o si las firmas, al proyectarse internacionalmente, barrieron los obstáculos políticos que las contenían".²²

La necesidad de establecer vinculaciones asociativas entre empresas ha originado el surgimiento de diversas clases de relaciones de *comunidad de intereses*, distintas a las previstas por la legislación mexicana,²³ pero que han adquirido, no obstante, *tipicidad social*.²⁴

El *joint venture* es una figura asociativa atípica que permite una estrecha colaboración entre dos o más partes, mediante la conjunción de sus variados recursos, para alcanzar un determinado objetivo, y con ello afrontar, conjuntamente, los riesgos de la empresa que se proponen efectuar. Éste ha sido considerado una variante de las *alianzas estratégicas*, entre las que se incluyen: *mergers* (fusiones), *acquisitions* (adquisiciones), *takeovers*, *buy-outs*, *debt swapping* (canje de deuda), consorcios, agrupaciones de colaboración, uniones transitorias de empresas, grupos de interés económico, etcétera.²⁵

Coincidimos con Valpuesta en el sentido de que las figuras asociativas y societarias típicas²⁶ han sido rebasadas por la evolución y complejidad del sistema económico.²⁷

El fenómeno asociativo y de colaboración entre sociedades y empresas no permite actualmente distinguir simplemente entre asociaciones sin finalidad lucrativa y asociaciones con finalidad lucrativa o de ganancias y someter todas las modalidades al régimen de alguna de ellas.²⁸

²² CLERI, *ib.*, p. 27.

²³ Lo mismo ha sucedido en otros sistemas jurídicos.

²⁴ La tipicidad social consiste, substancialmente, en la celebración reiterada por los particulares, de determinado tipo de contrato que no está regulado por la norma jurídica y que de esta manera, adquiere rasgos peculiares.

²⁵ Cfr. CLERI, *op. cit.*, p. 17.

²⁶ La tipicidad contractual se refiere a los contratos que se hallan debidamente regulados por la legislación, en cuanto a los derechos y obligaciones que producen.

²⁷ VALPUESTA, *op. cit.*, p. 762.

²⁸ VALPUESTA, *ib.*, p. 762.

2.3. La libertad de asociación y los contratos asociativos atípicos.

En México, la posibilidad de que las personas físicas o morales se vinculen a través de figuras asociativas atípicas, para el logro de la finalidad común que se han propuesto, encuentra su fundamento en el *derecho a la libre asociación* que reconoce el artículo 9 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que establece que...

No se podrá coartar el derecho de asociarse o reunirse pacíficamente con cualquier objeto lícito...

Esta disposición constitucional se refiere a dos diferentes clases de derechos: (1) el de asociación y (2) el de reunión. Ambos derechos tienen como rasgo particular el "propósito de dos o más personas para realizar un acto en común o para obtener una finalidad que beneficie a los que intervienen en la asociación o en la reunión"; no obstante, "se distinguen en que la asociación busca fines permanentes y la reunión fines transitorios".²⁹

El *derecho de libre asociación* debe considerarse en su triple variante: a nadie se le puede negar el derecho a asociarse; a nadie se le puede obligar a permanecer asociado; ni tampoco a asociarse con determinada persona.

Un aspecto trascendental del apuntado *derecho a la libre asociación* estriba en que no todas las relaciones asociativas en sentido genérico deben estructurarse a través de las figuras de asociación o de sociedad típicas, ni que aquellas deban gozar, en todos los casos, de personalidad jurídica.

Tal como lo señala Zannoni, "no sólo mediante las formas típicamente societarias puede satisfacerse el interés que inspira a los cotitulares de una relación jurídica o de un conjunto de relaciones jurídicas".³⁰ El citado maestro afirma que...

²⁹ ARCE Gargollo Javier, *Contratos Mercantiles Asociativos*, Revista de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho; p. 9.

³⁰ ZANNONI, *op. cit.*, p. 69.

Aunque lo característico de la sociedad es una titularidad unitaria de fines colectivos que diferencia, mediante la atribución normativa de la personalidad, la sociedad de cada uno de los socios que la integran, debemos convenir que pueden existir otras formas de organización de una comunidad de intereses que no necesariamente trascienda como sociedad.³¹

Desde el punto de vista económico, la sociedad constituye un medio para organizar un patrimonio que se considera distinto al de los socios, lo que les permite evitar arriesgar su patrimonio individual en el negocio.³² De ahí que la atribución de personalidad jurídica a la sociedad constituya una técnica que permite imputar a un *ente ideal*, un cúmulo de derechos y obligaciones que no pertenecen a los socios; en algunos casos, incluso, esa atribución de personalidad jurídica representa una forma de limitar la responsabilidad de los socios, especialmente en las sociedades de carácter capitalista.

Ello no obsta, sin embargo, para que las partes puedan acudir a relaciones asociativas atípicas, por lo que compartimos la opinión de Zannoni, en el sentido de que "nada impide que dos o más personas resuelvan asociarse haciendo aportes al servicio de una actividad en común, para la obtención de una finalidad cualquiera, sin constituir para ello" una persona jurídica.³³ El error en el que se ha incurrido es identificar como propio de la sociedad a la personalidad jurídica, cuando su rasgo primordial está en la colaboración para un fin común.

Como cualquier otro negocio jurídico atípico, los principales problemas que presentan dichas relaciones contractuales asociativas se refieren, como lo señala Díez Picazo, (1) a los "límites dentro de los cuales el contrato es admisible y debe considerarse válido y eficaz" y (2) a "la disciplina a que tales contratos deben estar sometidos y, por consiguiente, puntualizar la manera como deben ser interpretados y como deben ser integradas sus lagunas o sus deficiencias".³⁴

³¹ ZANNONI, *ib.*, p. 69.

³² *Cfr.* ZANNONI, *ib.*, 70.

³³ ZANNONI, *ib.*, p. 71.

³⁴ Díez Picazo Luis, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Tecnos; segunda edición; Madrid 1983; p. 243.

La previsión genérica de las relaciones negociales atípicas se encuentra en el artículo 1858 del Código Civil Federal, según el cual...

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.

De conformidad con esta disposición, los contratos atípicos habrán de regularse (1) por las reglas generales de los contratos, (2) por las estipulaciones de las partes y, (3) por las disposiciones de los contratos típicos con el que guarden mayor analogía, en aquello que las partes hubieren omitido pactar.

No obstante, también habrán de considerarse para la integración de los contratos atípicos, (1.a) las disposiciones generales de las obligaciones y (1.b) los usos en el comercio (tratándose de contratos mercantiles).³⁵

La atipicidad en las relaciones asociativas podría conducir a la aplicación, a determinado vínculo contractual de tal naturaleza, de las normas que regulan a la *sociedad irregular* o a la *sociedades de hecho*, tratándose de un vínculo de carácter comercial. Un sector de la doctrina se ha inclinado por considerar a la citada atipicidad bajo la perspectiva de tales disposiciones, postura que resulta, en principio, inconveniente para el tratamiento de la cuestión, dado que las partes buscan excluir, especialmente en el *joint venture*, la aplicación de las normas que rigen a las asociaciones o a las sociedades típicas, por la rigidez que las caracteriza, especialmente referidas a su constitución, a la forma en que se expresa la voluntad de la persona jurídica y a la manera en que debe disolverse y liquidarse.

³⁵ Cfr. ARCE Gargollo Javier, *Contratos Mercantiles Atípicos*, Porrúa, octava edición, México 2001, pp. 140-141.

3. EL JOINT VENTURE: UNA APROXIMACIÓN.

3.1. Definición preliminar.

Con la finalidad de proporcionar, de manera preliminar, una definición del *joint venture*, tomaremos el concepto que proporciona *The Black's Law Dictionary*. De acuerdo con éste, un *joint venture* es...

Una asociación de personas o compañías que emprenden en conjunto alguna actividad comercial; generalmente todas aportan bienes y soportan los riesgos. Requiere una comunidad de intereses en el desarrollo del objeto, un derecho para dirigir y controlar las políticas con éste relacionadas, y un deber de compartir las utilidades y las pérdidas, que puede ser modificado mediante acuerdo.³⁶

No es éste el lugar apropiado para proponer y analizar una definición del *joint venture*, por lo que hemos dedicado a esa tarea un apartado especial más adelante (*vide infra* Capítulo III), en el que tendremos oportunidad de conocer otras definiciones.

3.2. Los beneficios del *joint venture*.

Como figura asociativa, el *joint venture* permite a las partes obtener la colaboración recíproca, para alcanzar determinado objetivo que sería difícil, dilatado y costoso lograr por sí mismas. En algunos casos, incluso, la tarea que

³⁶ An association of persons or companies jointly undertaking some commercial enterprise; generally all contribute assets and share risks. It requires a community of interest in the performance of the subject matter, a right to direct and govern the policy in connection therewith, and duty, which may be altered by agreement, to share both in profit and losses.

En ese mismo diccionario se señala que existe el *joint adventure*, where there is a special combination of two or more persons jointly seeking to profit in some specific venture without actual partnership or corporate designation; it is an association of persons to carry out a single business enterprise for profit, for which purpose they combine their property, money, effects, skill, and knowledge.

las partes desarrollan representa un complemento de la actividad conjunta que requiere la empresa que se han propuesto desarrollar.

El *joint venture* ofrece a las partes la posibilidad de obtener una basta gama de ventajas, tan amplia como la propia naturaleza de la colaboración mutua lo requiera, de tal manera que, prácticamente cualquier cosa o actividad que las partes puedan aportar, que sea necesaria para alcanzar el objetivo común pretendido, podrá ser materia de la referida figura asociativa.

Entre los beneficios que pueden alcanzarse a través del *joint venture* es posible considerar los siguientes:

a) *Transferencia de tecnología.* La mayoría de las operaciones que se hacen en el mundo bajo la modalidad del *joint venture* es por interés en el uso de tecnología o el aprovechamiento de técnicas administrativas o de mercadotecnia.³⁷

En términos generales, la tecnología puede obtenerse mediante procesos de investigación y desarrollo realizados por quien precisa de ella o mediante su adquisición.

En ambos casos, se requiere la erogación de importantes cantidades de dinero, con el inconveniente adicional, en el primer caso, del tiempo que representa desarrollar su propia tecnología.

Carecer de tecnología que permita incrementar la calidad de los bienes o servicios ofrecidos, reducir los costos de producción y la duración de los procesos productivos significa una importante desventaja frente a los competidores.

El *joint venture* permite obtener tecnología a través de la explotación de patentes, modelos de utilidad, diseños industriales, secretos industriales, *know how*, marcas, nombres comerciales, etcétera.

b) *La permanencia, consolidación o penetración en mercados.* El aprovechamiento de los *canales de distribución* que una empresa pueda tener establecidos en un determinado territorio pueden permitir a una empresa alcanzar

³⁷ Cfr. SIERRALTA Ríos Aníbal, *Joint Venture Internacional*, Depalma, primera edición, Buenos Aires 1996, pp. 121-122.

mercados o segmentos de mercado que, de otra forma, también le costaría tiempo y recursos adicionales importantes.

Estos conductos de distribución le permitirán comercializar sus productos o servicios con mayor rapidez y eficiencia, además de que la presencia de tales productos o servicios en el territorio del que se trate se incrementará.

El *joint venture* también podría emplearse para desarrollar nuevos productos o servicios, y para conservar o mejorar la calidad de los que se ofrezcan.

c) La obtención de recursos financieros. La vinculación a través de *joint ventures* puede permitir la obtención de recursos financieros de un socio que los aporte o que cuente con la suficiente solvencia para obtener financiamiento para la propia empresa conjunta.

Existen *fondos* que aportan *capital de riesgo*, que se conoce como *venture capital*, cuya finalidad estriba en financiar proyectos productivos mediante la aportación de recursos por un tiempo determinado. Algunos fondos aportan recursos especialmente cuando en el proyecto participan inversionistas procedentes de ciertas regiones.

d) Materias primas. Una de las motivaciones que dan lugar a *joint ventures* es el acceso a materias primas para garantizar su aprovisionamiento a las empresas, lo que les otorga seguridad para competir en los mercados nacionales o extranjeros.

e) Recursos humanos. El *joint venture* puede representar un medio para obtener disponibilidad de personal calificado para desarrollar actividades técnicas o administrativas.

Incluso, la circunstancia de que una de las partes cuente con un determinado número de trabajadores podría representar una ventaja para desarrollar la actividad que pretenden.

3.3. El *joint venture* como relación compleja.

En realidad, las operaciones efectuadas mediante *joint ventures* pueden ser más complejas de lo que parece desprenderse de la definición preliminar transcrita.

Podríamos sostener 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 esta manera, cada una de esas relaciones forman parte de un *nexo asociativo*, considerado en su amplitud. No obstante, en su esencia, el *joint venture* es un *contrato de sociedad* en sentido amplio.

Para comprender lo señalado será menester realizar una descripción general del que hemos denominado, *el fenómeno del joint venture*.

En la práctica comercial se suele referir que, cuando las partes establecen una relación de *agencia*, de *franquicia*, de *distribución*, o celebran contratos de *transferencia de tecnología*, de *secreto comercial o industrial*, de *asistencia técnica*, por ejemplo, éstas han celebrado un *joint venture*.³⁸

Para determinar en qué supuesto nos encontramos ante un *joint venture*, es menester considerar, como referencia, una relación de distribución con la finalidad de advertir cómo una misma actividad —para el caso, la producción y distribución de productos— podría adoptar figuras de diverso carácter, asociativas o no, que resumiremos en cuatro distintos esquemas:

a) Por una parte, uno de los sujetos se encarga de la producción de los bienes y otro habrá de realizar la distribución de tales bienes en el mercado, pero los ingresos de cada una de las partes los recibirá por la actividad que desarrollará, independientemente del resultado. Esto significa que el productor le *venderá* los bienes al distribuidor, quien a su vez, al *revenderlos*, obtendrá un beneficio económico.

b) El segundo caso se presenta cuando las partes, en lugar de recibir un beneficio económico por su propia actividad, tendrán una participación común en

los resultados del negocio que han previsto. Tanto el productor como el distribuidor obtendrán ingresos por el resultado final de la operación.

c) Un tercer supuesto ocurre cuando las partes tendrán una participación en los resultados totales del negocio, pero, además, una retribución particular por la actividad que cada uno de ellos desarrollará en la otra parte de la operación.

d) El cuarto caso implicaría ya la constitución de una sociedad que realizará todas o parte de las actividades que los contratantes han acordado, en la que tendrán una participación en el capital social de la sociedad.

En este último caso habría que adicionar la hipótesis en la que las dos partes que constituyen la sociedad son personas jurídicas que pierden su propia individualidad.

Todos estos supuestos tienen en común el hecho de referirse a una misma actividad: la producción y distribución de bienes.

No obstante, en el primer caso no estamos, en sentido estricto, ante una figura asociativa, sino que nos encontramos, simplemente, frente a un contrato de distribución, que es de cambio.

Los tres últimos supuestos tratan, por el contrario, de figuras asociativas que pueden adoptar formas tales como una asociación en participación —si una de las partes fuera el asociante y la otra el asociado (segunda y tercera hipótesis)— ó una sociedad mercantil (cuarto caso); pero también, en estos tres supuestos podría tratarse de un *joint venture*.

3.4. El enfoque del tema.

La línea que separa un *joint venture* de un contrato asociativo como los descritos en el apartado anterior es difícil de definir.

Especialmente en el último caso propuesto, la participación de las partes en una sociedad mercantil que realice el objeto señalado podría considerarse efecto de un mero contrato de sociedad, ajeno a la existencia de un *joint venture*. La sola circunstancia de que se aporte capital extranjero a la sociedad no significa,

³⁸ Cfr. WOLF Ronald Charles, *A Guide to International Joint Venture*, Klumer Law, segunda

necesariamente, la conformación de una asociación de tal naturaleza, puesto que podría tratarse de un simple caso de inversión extranjera, como lo afirma Sierralta.³⁹

El *joint venture* presenta en la práctica, de conformidad con el medio que las partes utilizan para la ejecución del acuerdo, tres modalidades fundamentales: cuando se emplea una sociedad como instrumento para su cumplimiento recibe el nombre de *joint venture* societario; si el contrato se ejecuta sin acudir a una sociedad, estamos en el caso de un *joint venture* contractual; por último, cuando sólo una parte de la actividad se desarrollará a través de una sociedad y la otra no, se trata de un *joint venture* mixto.

En todas estas modalidades, el *joint venture* se muestra como un contrato en el que los *venturers* definen la manera como habrán de emprender, en conjunto, las actividades que se han propuesto, lo que implica determinar las contribuciones que harán, su participación en los beneficios (o utilidad) y en las pérdidas, así como los medios que emplearán para ejecutar el acuerdo, que se traduce en precisar, por ejemplo, los contratos que celebrarán y su clausulado; si constituirán una sociedad mercantil o participarán en alguna ya constituida, supuesto en el que pactan el contenido estatutario: el tipo de sociedad, su nombre, domicilio, duración, objeto, capital social, el monto de sus aportaciones, la composición de los órganos de deliberación, de administración y vigilancia; cuando se trata de una sociedad existente, la forma como se concretará la participación de las partes (mediante la compra de acciones o la suscripción del aumento de capital que hayan acordado, en el caso de una sociedad anónima); si la sociedad se fusionará o no... etcétera. En pocas palabras: describen los *pasos* que seguirán para desarrollar la operación.

Se trata de una sociedad con rasgos que la diferencian de cualquier otra clase de sociedad: *La determinación de emprender en conjunto una determinada actividad y la precisión de los medios que se emplearán para su ejecución.*

En nuestro estudio ofrecemos una visión general del *joint venture* y de los negocios jurídicos que guardan relación estrecha con dicho contrato.

Al efecto, en la primera parte abordamos el origen de la figura, su concepto, clasificación y diferencias con institutos afines; los rasgos que caracterizan al *joint venture*, para concluir con el contenido del *joint venture agreement* o contrato de base, los aspectos societarios del *joint venture*, la transmisión del contrato y su terminación. En la segunda parte tratamos los negocios jurídicos que se vinculan con el contrato de que se trata: la *carta de intención*, la *promesa de contrato*, el *acuerdo de confidencialidad*, el *due diligence procedure*, el *acuerdo de socios* y los *contratos derivados o satélites*.

³⁹ Cfr. SIERRALTA, *op. cit.*, pp. 69-70.

PRIMERA PARTE

Capítulo I

EL ORIGEN DEL *JOINT VENTURE*

1.1. El origen del *joint venture*. 1.2. La *partnership*. 1.2.1. Rasgos característicos de la *partnership*. 1.2.2. Formación de la *partnership*. 1.2.2.1. La participación en las utilidades como presunción de la existencia de una *partnership*. 1.2.2.2. La responsabilidad del socio aparente. La *partnership* por *estoppel*. 1.3. El *joint venture* como una forma de *partnership*.

1.1. EL ORIGEN DEL *JOINT VENTURE*.

Le Pera señala que las palabras *joint venture* son abreviaturas de la expresión *joint adventure*,¹ que aparece para denominar a la organización de los *gentleman-adventurers*, quienes realizaban el comercio marítimo,² en la época de la colonización británica de nuevos territorios.³

Por su parte, Martorell sostiene que el término *joint venture* se empleó en Escocia desde principios del siglo XIV, para designar una *partnership*, figura societaria en la que la responsabilidad de sus miembros se limitaba a la operación que habían decidido realizar.⁴ De acuerdo con Barbieri, éste es el origen de la figura.⁵

Como se conoce en la actualidad, el *joint venture* es, en realidad, una creación de los tribunales estadounidenses.⁶ Podríamos afirmar que son dos vertientes diferentes las que determinan, en ese ámbito, el surgimiento del *joint venture*, ambas caracterizadas por su vinculación con la *partnership* y la existencia

¹ Cfr. LE PERA Sergio, *Joint Venture y Sociedad*, Astrea, segunda reimpresión, Buenos Aires 1992, p. 66.

² Cfr. MARTORELL Ernesto Eduardo, *Tratado de los Contratos de Empresa*, Tomo III, Depalma, primera edición, Buenos Aires 1997, p. 239.

³ Cfr. LE PERA, *op. cit.*, p. 66.

⁴ Cfr. MARTORELL, *op. cit.*, p. 239.

⁵ Cfr. BARBIERI Pablo C., *Contratos de Empresa*, Universidad, Buenos Aires 1998, p. 261.

⁶ Cfr. MARTORELL, *op. cit.*, p. 240.

de un objeto específico, como elemento de la relación que se denominó con ese nombre.⁷

La *partnership* es una figura semejante a la sociedad civil y a la sociedad en nombre colectivo de la legislación mexicana. Se define como *una asociación de dos o más personas para realizar, como condueños, un negocio con fines de lucro*.⁸

La primera vertiente parte del caso de dos comerciantes, Mr. Ross y Mr. Willet, que fue resuelto en 1894 por los tribunales de Nueva York. Estas personas acordaron comprar un cargamento de azúcar con la finalidad de revenderlo y obtener una utilidad por la operación, la que se repartirían. Con base en ese acuerdo, Ross compró el azúcar a nombre propio, pero no pudo revenderla sino hasta nueve años después, lo que ocasionó pérdidas importantes. Entonces Ross reclamó a Willet que afrontara parte de las pérdidas, por lo que lo demandó ante su negativa.⁹ El argumento del demandado fue que no había existido ninguna *partnership* entre ellos, por lo que, sobre el punto, los tribunales dijeron:

Una *joint adventure* es una *partnership* limitada, no limitada en cuanto a la responsabilidad, según el sentido legal de esta expresión, sino limitada en cuanto a su alcance y duración y bajo nuestro derecho *partnership* y *joint adventure* están gobernadas por las mismas reglas.¹⁰

La segunda vertiente se vincula con la participación de *corporations* en relaciones de *partnership*. Una *corporation* es similar a la sociedad anónima del derecho mexicano.

⁷ Meschem señala que el *joint adventure* "resulta aplicable a toda asociación que sería considerada una *partnership* de no ser por la limitación de su alcance o propósito a la consecución de una última y final transacción comercial, independientemente de la naturaleza legal de la transacción que a ella se refiere" (*The Law of the Joint Adventure*, en *Minnesota Law Review*, 1931, citado por LE PERA, op. cit., p. 66).

⁸ A *partnership* is an association of two or more persons to carry on as co-owners a business for profit. Artículo 6 (1) de la *Uniform Partnership Act*. El artículo 202 (a) de la *Revised Uniform Partnership Act* en esencia agrega "whether or not the persons intend to create a partnership".

⁹ Cfr. LE PERA, op. cit., p. 64.

¹⁰ *In re "Ross v. Willet"*, 27, NYS, 785, citado por LE PERA, *ib.*, pp. 64-65.

Según Le Pera, la capacidad de las *corporations* estaba estrictamente limitada a su objeto social, por lo que los actos realizados fuera de éste se regían por la doctrina de la actuación *ultra vires*,¹¹ una de cuyas aplicaciones “era la prohibición de que una *corporation* participara en una *partnership*”, pues se consideraba que la *corporation* podía quedar involucrada en operaciones que no formaran parte de su objeto social, debido a que la *partnership* carecía de restricciones en cuanto a su objeto.¹²

Además, la facultad de los administradores en una *corporation* estaba limitada a los actos necesarios para alcanzar el citado objeto social, el que “debía ser logrado a través de los órganos y funcionarios previstos en el instrumento de autorización o creación”. Si la *corporation* participaba en una *partnership*, podría quedar obligada por la actuación de personas distintas de sus órganos estatutarios, pues en la *partnership* todo *partner* tiene implícita la facultad de administración.¹³

Por ello, cuando una *corporation* participaba en una *partnership* para un proyecto específico, los tribunales denominaron a esa relación como *joint venture*, con lo cual se evitaba la aplicación de la doctrina *ultra vires*, dado que “el riesgo que la *corporation* se viera involucrada en asuntos ajenos a su objeto social se hallaba limitado”.¹⁴

Como antes se señaló, las dos vertientes descritas tienen rasgos comunes: por una parte, se relacionan con la *partnership* y, por la otra, se trata de relaciones que involucran la realización de un objeto específico.

El *joint venture* ha sido considerado como un tipo de *general partnership*, por lo que las disposiciones que rigen a esta última figura se aplican al *joint venture*.¹⁵ Ello nos obliga a analizar la normativa relativa a la *general partnership*,

¹¹ *Ultra vires* significa “mas allá de mis fuerzas”.

¹² Cfr. LE PERA, *op. cit.*, pp. 52, 53, 67.

¹³ Cfr. LE PERA, *ib.*, pp. 52, 53.

¹⁴ LE PERA, *ib.*, pp. 67, 68.

¹⁵ HARROCH Richard D., *Partnership & Joint Venture Agreements*, volumen 1, Law Journal Press, Nueva York 1999, pp. 1-5, 2-73, 2-74. Dobson señala que “Desde su comienzo de utilización, se le aplicaron al *joint venture* las construcciones de la *partnership*... incluso en la responsabilidad solidaria con que se obligaban todos los socios frente a los compromisos asumidos por uno cualquiera de ellos”. DOBSON Juan

para entender las características que le han sido atribuidas al *joint venture*, las cuales posteriormente se precisarán.

1.2. LA PARTNERSHIP.

La *partnership* ha quedado definida en líneas precedentes, por lo que, para ese efecto, nos remitimos a ese lugar.¹⁶

La palabra *partnership* proviene del latín *partiri*, que significa *partir* o *compartir*, y se refiere a "la relación que existe entre dos o más personas que realizan un negocio en común, y la de éstos con terceros".¹⁷

Existen tres formas básicas de *partnership*: la *general partnership*, la *limited partnership* y la *limited liability partnership*. La diferencia fundamental entre las dos primeras formas asociativas consiste en que, en la *general partnership* sólo existe una clase de *partners*, que están sujetos a responsabilidad personal ilimitada; en cambio, en la *limited partnership* hay dos clases de *partners*: el *general partner* y el *limited partner*. El *general partner* tiene responsabilidad personal ilimitada y, el *limited partner*, responsabilidad limitada al importe de su aportación. En la *limited liability partnership*, los *partners* no responden en forma personal de las obligaciones de la *partnership*; no obstante, la responsabilidad personal de los *partners* subsiste por su mala conducta.¹⁸

La *general partnership* se reguló por la *Uniform Partnership Act* (UPA)¹⁹ que fue aprobada por la *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* en 1914 y posteriormente se adoptó por cada Estado excepto Louisiana. Antes de la adopción de la UPA, la *partnership* se regía, exclusivamente, por el derecho derivado de las decisiones judiciales, que era distinto en cada estado.²⁰ En 1992

M., *El Abuso de la Personalidad Jurídica*, segunda edición, Depalma, Buenos Aires 1991, p. 315.

¹⁶ Vide *supra* página 18.

¹⁷ LE PERA, *op. cit.*, p. 29.

¹⁸ Véase el comentario oficial a la Sección 306 (c) RUPA 1997.

¹⁹ Se trata de un instrumento de Derecho uniforme que sirve de modelo para las legislaturas estatales, al que pueden realizar adecuaciones; al ser adoptado por éstas, se convierten en ley.

²⁰ Cfr. HARROCH, *op. cit.*, p. 2-23.

esa misma Conferencia Nacional aprobó la *Revised Uniform Partnership Act* (RPUA), que ha sido modificada en cuatro ocasiones: en Charleston, Carolina del Sur (1993); en Chicago (1994); en 1996 se incorporó la *Limited Liability Partnership* (LLP); en 1997 se aprobó la última versión de la RUPA.

Las normas que regulan a la *partnership* pueden dividirse en dos categorías: las *internas*, que gobiernan la relación entre los *partners* (*inter se rules*), y las *externas*, que regulan el nexo entre la *partnership* y los terceros (*third party rules*).²¹

Las *reglas internas* se aplican supletoriamente a la voluntad de las partes, quienes pueden acordar libremente las disposiciones que regirán a la *partnership*, en el denominado *partnership agreement*, lo que implica una gran flexibilidad para establecer las normas que la naturaleza del negocio requiera.²² Por el contrario, las *normas externas* son imperativas, por lo que el acuerdo entre los *partners* divergente a tales disposiciones sólo regirá entre ellas, sin que puedan afectar a terceros.²³

En la UPA de 1914, la *partnership* no fue considerada como una entidad separada y distinta de los individuos que la conformaban, sino como una simple agregación de personas, acogiéndose a la *teoría de la agregación*, lo que implicó apreciar a los socios en lo individual. No obstante, también contempló algunos aspectos de la *teoría de la entidad*, con lo cuál, como lo señala Dobson, la *partnership* adquiriría "caracteres de persona jurídica con creciente intensidad".^{24/25}

²¹ Cfr. KLEINBERGER Daniel S., *Agency and Partnership*, Aspen Law and Business, Estados Unidos de América 1995, p. 200.

²² Cfr. KLEINBERGER, *Ib.*, pp. 200-201. HARROCH, *op. cit.*, pp. 2-19, 2-20. Según Harroch, el contrato que crea una *partnership* debe abarcar todos los puntos que sean necesarios para regular las relaciones entre los *partners*, entre éstos y la *partnership*, y entre ésta y los terceros con quien contrate, por lo que se ha recomendado que sea un acuerdo detallado que prevea la mayor cantidad de situaciones que pudieran presentarse. Ello los hace menos uniformes que los acuerdos requeridos para la conformación de una *corporation* (pp. 2-21, 2-22).

²³ Cfr. KLEINBERGER, *Ib.*, p. 201. Según Kleinberger, los terceros pueden convenir con la *partnership* o con un *partner*, la renuncia de derechos establecidos por la UPA.

²⁴ DOBSON, *op. cit.*, p. 304.

²⁵ Véanse las notas preliminares de la *Revised Uniform Partnership Act* (1997). En el mismo sentido, KLEINBERGER, *op. cit.*, pp. 209-210.

En la actualidad, con la modificación de 1994 a la RUPA, se trata a la *partnership* como *ente* diferente de los socios. Ese enfoque, sin embargo, no se absoluto; se conserva la concepción de la *agregación* para ciertos propósitos, como la responsabilidad personal de los socios por las obligaciones de la *partnership*.^{26,27}

1.2.1. Rasgos característicos de la *partnership*.

De acuerdo con Kleinberger, los rasgos paradigmáticos de la *partnership* son: la existencia de un negocio para obtener utilidades, al que concurren dos o más participantes, cada uno de los cuales contribuye de alguna manera (con esfuerzo, ideas, dinero, bienes); se les considera condueños del negocio; les corresponde el derecho de administrarlo en forma conjunta y de compartir las ganancias.²⁸

Al participar en las utilidades de la operación, los socios centran su interés económico en el interés de la empresa como un todo, lo que los motiva a involucrarse en el control del negocio.²⁹

La consecuencia más importante del carácter de socio en una *partnership* es que todos los *partners* son personalmente responsables, de manera solidaria, por las deudas y demás obligaciones de la misma.³⁰

Cada uno de los socios se considera como una *agent* o representante de la *partnership* para los fines del negocio, por lo que sus actos, en términos generales, vinculan a la *partnership*, siempre que se realicen en el curso ordinario de las operaciones de ésta.

²⁶ The Revised Act enhances the entity treatment of partnerships to achieve simplicity for state law purposes, particularly in matters concerning title to partnership property. RUPA does not, however, relentlessly apply the entity approach. The aggregate approach is retained for some purposes, such as partners' joint and several liability (Notas preliminares en la *Revised Uniform Partnership Act* (1997).

²⁷ Cfr. HARROCH, *op. cit.*, p. 2-21.

²⁸ Cfr. KLEINBERGER, *op. cit.*, pp. 203-204.

²⁹ Cfr. KLEINBERGER, *ib.*, p. 207.

³⁰ Cfr. KLEINBERGER, *ib.*, p. 210.

Al concebirse la *partnership* como un *ente* separado y distinto de los socios, los bienes adquiridos por la *partnership* son propiedad de ésta y no de los socios individualmente (Sección 203 RUPA), a quienes no se les considera copropietarios de tales bienes, ni se les confiere interés alguno sobre ellos (Sección 501 RUPA). Antes de las modificaciones de 1994 a la RUPA, el aspecto patrimonial de la *partnership* se trataba como una *tenancy in partnership*, una especie de patrimonio común.

El desarrollo de los caracteres apuntados se hará en el capítulo siguiente, junto con las cualidades del *joint venture*.

1.2.2. Formación de la *partnership*.

La UPA se refiere a la *partnership* como una *asociación* de dos o más personas, lo que implica, en principio, el consentimiento para constituir una relación de tal naturaleza.³¹ El acuerdo de las partes puede ser expreso o tácito, escrito u oral. En todo caso, la modificación del acuerdo original requiere consenso unánime, salvo que se haya pactado lo contrario.³²

Para constituir una *partnership* no se requiere un capital mínimo. En la práctica, por lo general, cuando menos una persona aporta capital o presta dinero a la *partnership*, al constituirse. Es suficiente con que una parte contribuya con capital y la otra u otras con habilidades o trabajo.

No obstante, no es necesario que los participantes hayan pactado la formación de una *partnership* ni que hayan tenido la intención de crearla, para que se aplique a su relación el régimen legal de esa clase de vínculos. La *partnership* puede existir aún cuando las partes ignoren que ese es el *status* que les corresponde, que puede presentarse incluso, ante el rechazo expreso de formar una *partnership*.³³

³¹ Cfr. KLEINBERGER, *ib.*, p. 204.

³² Cfr. KLEINBERGER, *ib.*, p. 201.

³³ Cfr. KLEINBERGER, *ib.*, pp. 204. Seligan señala que la *partnership* puede formarse (1) sin que conste en documento escrito, (2) sin la intención consiente de las partes de formar una *partnership* y (3) sin que tuvieran conocimiento de que la *partnership* se ha formado.

Cuando se acuerda establecer una relación de *partnership* por escrito, la prueba de su existencia no representa problema, porque el documento que contiene ese acuerdo es suficiente para ello. El problema se presenta cuando la referida relación se establece por otros medios.

1.2.2.1. La participación en las utilidades como presunción de la existencia de una *partnership*.

Una de las maneras de determinar la existencia de una *partnership* es la participación en las ganancias de un negocio.³⁴

Para que se considere como socios a los partícipes de un negocio deben tener el derecho de compartir las utilidades, lo que constituye una condición previa indispensable. No obstante, el hecho de que se compartan las ganancias no es una prueba irrefutable del carácter de socio, como se señalará más adelante.³⁵

Esta regla tiene su origen en el principio del *common law* de que "todo aquél que participa en las utilidades de un negocio debe participar también en las pérdidas, aunque los terceros no hubieran conocido su participación". Dicho principio determinó la responsabilidad de los partícipes por las pérdidas sufridas, aún cuando su participación en el negocio fuera no manifiesta.³⁶

Este aspecto se relaciona con la responsabilidad del *respondeat superior*, que consiste en que quien se beneficia de las actividades de un tercero responde por su actuación. Éste es "un principio de deber social, que cada uno, en el desempeño de sus propios asuntos, ya sea por sí mismo o por sus agentes o sirvientes, los conducirá de tal manera que no produzca daños a terceros".³⁷

Esa responsabilidad, que se denominó del *dormant partner* o *partner* oculto, obligó a distinguir el carácter con el cual eran realizadas las contribuciones de dinero a la *partnership*, puesto que había casos que implicaban la participación en

Cfr. SELIGAN Joel, *Corporations. Cases and Materials*, Little, Brown and Company, USA 1995, pp. 41-42.

³⁴ Cfr. DOBSON, *op. cit.*, p. 307.

³⁵ Cfr. KLEINBERGER, *op. cit.*, pp. 206.

³⁶ Cfr. LE PERA, *op. cit.*, pp. 33, 34.

³⁷ DOBSON, *op. cit.*, pp. 194, 308.

las utilidades, que no constituían propiamente una relación de *partnership*.³⁸ No sería lo mismo un préstamo con participación en las utilidades, que la aportación de dinero a una *partnership*.³⁹ Lo mismo sucedía en otros casos, como los de locación sujeta a un *canon* ajustado a las ganancias del negocio, o la prestación de servicios personales compensada con un derecho sobre las utilidades, que tampoco constituían una relación de *partnership*.⁴⁰ La señalada distinción originó que en casos como los apuntados se considerara que no existía una *partnership*, no obstante la participación en los beneficios.

Entonces se estimó que sería el control, es decir, la participación en la administración del negocio, el aspecto que determinaría la existencia de una *partnership*, por lo que, si quien aportaba fondos participaba en la gestión económica y en las decisiones, sería considerado *partner*. Después de la adopción de la UPA, el señalado criterio ha seguido aplicándose en las soluciones judiciales.⁴¹

Al redactarse la UPA, algunos de los aspectos citados se recogieron en el artículo 7 (4), que estableció reglas generales para determinar cuando existe una *partnership*. Esas reglas son similares a las que se establecen en la Sección 202 (c) (3) RUPA (1997), que también se aplican al *joint venture*.⁴² De conformidad con esta última disposición, la participación de una persona en las utilidades de un negocio constituye una presunción de que es socio en ese negocio, a menos que las utilidades se reciban por los conceptos que la propia disposición precisa. La RUPA (1997) redefine la participación en las utilidades como una *presunción refutable* de la existencia de una *partnership*, en lugar de considerarla como una evidencia *prima facie*, como lo hacía la UPA.⁴³

Según Dobson, la regla que sobre el punto establecía la UPA, se formulaba así: "La prueba de la recepción de utilidades puede ser utilizada como principio de prueba de la existencia de la sociedad". Esa sería considerada, en principio, una

³⁸ Cfr. LE PERA, *op. cit.*, p. 37.

³⁹ Cfr. LE PERA, *ib.*, p. 40.

⁴⁰ Cfr. DOBSON, *op. cit.*, pp. 308, 310.

⁴¹ Cfr. DOBSON, *ib.*, p. 309.

⁴² Cfr. HARROCH, *op. cit.*, p. 2-74.

⁴³ Véase el comentario oficial a la Sección 202 RUPA (1997).

presunción de la existencia de alguna de las citadas figuras.⁴⁴ En la actualidad es, en definitiva, una *presunción legal que admite prueba en contrario*.

La referida Sección 202 (c) (3) RUPA (1997) agrega que tal presunción es inaplicable en los casos en que las utilidades se reciben como pago: (i) de deudas en abonos o de otra manera; (ii) de servicios como contratista independiente o salarios u otras compensaciones de los empleados; (iii) de rentas; (iv) de anualidades u otros beneficios de retiro o de salud a un beneficiario, representante, o persona designada de un socio fallecido o retirado; (v) de intereses u otros cargos de un préstamo, aún cuando el monto del pago varíe de acuerdo con la utilidad del negocio, incluyendo la propiedad directa o indirecta, presente o futura de la garantía, o derechos sobre el ingreso, la ganancia, o el incremento del valor de la garantía; (vi) de la contraprestación por la venta en abonos o de otra manera, de la plusvalía comercial de un negocio o cualquier otra propiedad.

1.2.2.2. La responsabilidad del socio aparente. La *partnership por estoppel*.

Es posible atribuir a una persona la responsabilidad de *partner*, sin que en realidad tenga ese carácter, cuando se genera la apariencia de que es un *partner*. La Sección 308 RUPA (1997) se refiere al tema como *responsabilidad del socio aparente (liability of purported partner)*, que recoge los principios básicos de la regla conocida como *partnership by estoppel*, prevista en la Sección 16 UPA.⁴⁵ Estos principios pueden aplicarse al *joint venture*, por lo que es posible hablar de un *joint venture by estoppel*.

La palabra *estoppel* se deriva del francés *estoupe*, que significa "detener", del que proviene la vcz inglesa *to stop*.⁴⁶ El *estoppel* es "una regla procesal

⁴⁴ Cfr. DOBSON, *op. cit.*, p. 308.

⁴⁵ Véanse el comentario oficial a la Sección 308 RUPA (1997).

⁴⁶ Cfr. DOBSON, *op. cit.*, p. 266.

negativa, mediante la cual una persona se verá impedida (*estopped*) de negar o afirmar un hecho" determinado.⁴⁷

Existen tres tipos de *estoppel*, entre los cuales se encuentra el *estoppel by conduct*,⁴⁸ que "genera la prohibición de afirmar o negar ciertos hechos, en razón de una anterior conducta que resulta contradictoria con la actual afirmación".⁴⁹

En especial, el *estoppel by conduct* coincide con la *doctrina de los propios actos*, según la cual, "nadie puede alegar un derecho que vaya contra sus propios actos", que se plasma en el principio *venire contra factum proprium non valet*,⁵⁰ que se reconoce en algunos sistemas jurídicos del derecho civil.

Así, resulta inadmisibles la prueba de un hecho que pretenda restar efectos a otro hecho anterior, cuya apariencia se hubiere generado por la conducta del mismo sujeto, cuando ambos hechos se excluyen de manera recíproca, por lo que resulta imposible que ambos subsistan.⁵¹ Un caso se presenta cuando una persona ha hecho creer a otra, por la conducta que asumió, que determinado sujeto es su representante, hipótesis en la que la primera persona estará impedida para sostener con posterioridad que en realidad no lo era, si la segunda actuó confiada en esa aparente representación.

La *responsabilidad del socio aparente* se produce, en esencia, por la apariencia de ser *partner* cuando se ha permitido que se genere esa creencia, por lo que será imposible argumentar lo contrario, frente a cualquier tercero que, descansando en esa apariencia, ha celebrado alguna operación con el supuesto *partner*.⁵²

La regla que establece la Sección 308 (a) RUPA (1997) concuerdan con los principios del *estoppel* ordinario y es relativamente simple: si una persona, por sus palabras o por su conducta, aparenta ser socio en una *partnership* o con una o

⁴⁷ Se discute si es sustantiva también.

⁴⁸ Las otras clases son el *estoppel by record*, que se asimila a la excepción de cosa juzgada, y el *estoppel by deed*, "que impide a quien ha otorgado un instrumento escrito con ciertas formalidades, negar su contenido" (DOBSON, *op. cit.*, p. 268).

⁴⁹ DOBSON, *ib.*, p. 268.

⁵⁰ Cfr. DOBSON, *ib.*, p. 273.

⁵¹ Cfr. DOBSON, *ib.*, p. 266.

más personas que no sean socios, o consiente que otro lo haga parecer como si fuera socio, es responsable frente a la persona que confía en ese aparente carácter de socio, si realiza negocios con la *partnership* real o presunta.⁵³

Cuando el carácter de *purported partner* se atribuye de manera pública por el propio socio aparente o por una persona con el consentimiento de éste, el socio aparente resulta responsable con la persona que descansa en esa apariencia, aun cuando aquél no esté consiente de ser considerado como socio por el reclamante.

La responsabilidad de las personas que hayan generado la apariencia de que otra persona es su socio, o hayan consentido ese supuesto carácter, quedan vinculados por los actos de esa persona, como si fueran, en realidad, socios de ella. Para esos efectos, se entiende que el socio aparente es una *agent* o representante de aquellas personas.⁵⁴ De existir la *partnership*, ésta será responsable cuando todos los socios realizaron o aceptaron el acto que produjo la apariencia de socio, respecto de determinada persona.

De acuerdo con Kleinberger,⁵⁵ la regla de la responsabilidad de aquellos que hubieran hecho o consentido que se considerara a otra persona como *purported partner*, puede estructurarse en tres partes, como sigue:

a) Si existe la *partnership*, y todos los socios hicieron o consintieron la incorrecta consideración de una persona como socio, entonces la *partnership* es

⁵² Cfr. LE PERA, *op. cit.*, p. 31. Dobson señala que la *partnership by estoppel* sólo se admite en el caso de que el tercero que hubiere entablado relaciones con la *partnership* aparente, resienta daños en su persona o en sus bienes. DOBSON, *op. cit.*, p. 313.

⁵³ If a person, by words or conduct, purports to be a partner, or consents to being represented by another as a partner, in a partnership or with one or more persons not partners, the purported partner is liable to a person to whom the representation is made, if that person, relying on the representation, enters into a transaction with the actual or purported partnership (Sección 308 (a) primera parte, RUPA (1997)).

⁵⁴ If a person is thus represented to be a partner in an existing partnership, or with one or more persons not partners, the purported partner is an agent of persons consenting to the representation to bind them to the same extent and in the same manner as if the purported partner were a partner, with respect to persons who enter into transactions in reliance upon the representation (Sección 308 (b) primera parte, RUPA (1997)).

⁵⁵ Cfr. KLEINBERGER, *op. cit.*, pp. 223.

responsable en la transacción y cada uno de los socios son responsables bajo la regla ordinaria de la responsabilidad del socio.⁵⁶

b) Si existe la *partnership*, pero sólo algunos socios hicieron o consintieron la inadecuada consideración, entonces la *partnership* no es responsable y aquellos socios serán conjunta y solidariamente responsables en la transacción.⁵⁷

c) Si no existe la *partnership*, aquellos que hicieron o consintieron la indebida consideración son responsables conjunta y solidariamente en la transacción.

En realidad, la *partnership by estoppel* "no es una forma social sino sólo una forma de imputar, por vía legal, responsabilidad de socio a quien no lo es, como sanción por haber ostentado una apariencia de socio", según lo afirma Dobson, quien sigue en ese aspecto a Crane y Bromberg.⁵⁸ Se trata de atribuir responsabilidad de socio a quien ha tolerado que se le considere como tal, aunque en realidad no lo sea, responsabilidad que se establece frente a terceros, para su protección.

En el caso de que los socios reales o los socios aparentes consientan *a posteriori* los actos realizados en representación de la *partnership*, su responsabilidad deriva entonces de la *agency*,⁵⁹ y no de la doctrina del *estoppel*. Al análisis de la *agency* dedicaremos un espacio en el capítulo segundo de esta primera parte.

⁵⁶ If all of the partners of the existing partnership consent to the representation, a partnership act or obligation results (Sección 308 (b) segunda parte, RUPA (1997).

⁵⁷ If fewer than all of the partners of the existing partnership consent to the representation, the person acting and the partners consenting to the representation are jointly and severally liable (Sección 308 (b) última parte, RUPA (1997)).

⁵⁸ CRANE Judson y Alan R. Bromberg, *Law of Partnership*, West, Minnesota 1968, p. 196; citados por DOBSON, *op. cit.*, p. 312.

⁵⁹ Cfr. DOBSON, *ib.*, p. 312. Artículo 16 UPA.

1.3. EL *JOINT VENTURE* COMO UNA FORMA DE *PARTNERSHIP*.

El *joint venture* recibe, en el Derecho estadounidense, el tratamiento de una *general partnership*, cuyas normas regulan esa clase de relaciones jurídicas.⁶⁰ El comentario oficial a la Sección 202 (b) RUPA (1997) relativa a la formación de la *partnership* señala que la *Revised Uniform Partnership Act* no pretende modificar ninguna regla del *derecho común* concerniente a tipos especiales de asociaciones; las relaciones que se denominan *joint ventures* son *partnerships* si encajan de alguna forma en la definición de una *partnership*. No obstante, una asociación no se califica como *partnership* tan sólo porque se le llame *joint venture*.

Entre la *general partnership* y el *joint venture* se han resaltado dos diferencias que son mínimas.

La primera se refiere al alcance del objeto que cada una persigue: Mientras que en el *joint venture* se acuerda la realización de un solo negocio o varios negocios vinculados, en la *partnership* el objeto es más amplio, lo que permite la realización de una cantidad indeterminada de negocios.⁶¹

Esta característica no siempre permite distinguir a las señaladas figuras, puesto que las distintas Cortes estadounidenses emplean con frecuencia, de manera alternativa, los términos *joint venture* y *partnership*.⁶²

La segunda diferencia tiene que ver con la naturaleza del propio objeto. En la *partnership* se exige un objeto de lucro, en tanto que en el *joint venture* "se aceptan los "beneficios o ganancias" de todo tipo... comprendiendo así una gran variedad de empresas o negocios accidentales".⁶³

⁶⁰ Véase la nota de pie de página número 15.

⁶¹ Cfr. DOBSON, *ib.*, pp. 297, 314-315. Meschem señala que el *joint adventure* "resulta aplicable a toda asociación que sería considerada una *partnership* de no ser por la limitación de su alcance o propósito a la consecución de una última y final transacción comercial, independientemente de la naturaleza legal de la transacción que a ella se refiere". MESCHEM, *The Law of the Joint Adventure*, en *Minnesota Law Review*, 1931, citado por LE PERA, *op. cit.*, p. 66. KLEINBERGER, *op. cit.*, p. 209.

⁶² Cfr. HARROCH, *op. cit.*, pp. 2-73 a 2-74. KLEINBERGER, *op. cit.*, p. 209.

⁶³ DOBSON, *op. cit.*, p. 315.

Capítulo II

DEFINICIÓN Y CARACTERES DEL *JOINT VENTURE*

2.1. Definición y caracteres del *joint venture*. 2.2. Naturaleza contractual. 2.3. Objeto común. 2.4. Contribución de las partes. 2.5. Beneficio común. 2.6. Responsabilidad solidaria e ilimitada. 2.7. *Agency* o representación. 2.8. Gestión común. 2.9. Control conjunto. 2.10. Patrimonio.

2.1. DEFINICIÓN Y CARACTERES DEL *JOINT VENTURE*.

En la parte introductoria del presente estudio (punto 3.1) referimos la definición que del *joint venture* señala *The Black's Law Dictionary*, misma que nombramos como *preliminar*, lo que nos permitió conceptualizar de inicio la figura.

Willinston propone un concepto que formula a partir de las decisiones judiciales de los tribunales estadounidenses.^{1/2} Según el citado autor, el *joint venture* es...

¹ WILLINSTON, *A Treatise on the Law of Contracts*, citado por LE PERA Sergio, *Joint Venture y Sociedad*, Astrea, segunda reimpresión, Buenos Aires 1992, pp. 70-71, quien a la vez lo cita de la tercera edición, actualizada por JEAGUER, 1959, no. 318, pp. 555-556.

² Ghersi conceptúa al *joint venture* como el contrato "por el cual el conjunto de sujetos - nacionales o internacionales- realizan aportes de las más diversas especies que no implicaran la pérdida de la identidad e individualidad como persona jurídica o empresa, para la realización de un negocio en común, pudiendo ser éste desde la creación de bienes hasta la prestación de servicios, que se desarrollará durante un lapso de tiempo limitado, con la finalidad de obtención de beneficios económicos (financieros, monetarios o simplemente de apreciación patrimonial)" (GHERSI Carlos Alberto, *Contratos Civiles y Comerciales, Partes General y Especial*, tomo II, Astrea, segunda edición, Buenos Aires 1992, p. 44).

A su vez, Sierralta lo concibe como "una 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" (SIERRALTA Ríos Aníbal, *Joint Venture Internacional*, Deplama, primera edición, Buenos Aires 1996, pp. 68-69).

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

En el sistema jurídico estadounidense, el *joint venture* se rige conforme las reglas de la *general partnership*, según quedó de manifiesto en el capítulo que antecede. De hecho, se le considera como una *partnership* cuando la relación asociativa de que se trata encuadra en la descripción que contempla la Sección 202 RUPA (1997) respecto de la *partnership*.

De ahí que los caracteres de los que goza el *joint venture* en el referido Derecho sean similares a los de la *partnership*. Los principales son: (1) la naturaleza asociativa de la relación; (2) la contribución o aportación de las partes; (3) un objetivo de interés común; (4) la obtención de un beneficio; (5) el ejercicio de algún grado de control por cada *venturer*; (6) la gestión común; (7) la responsabilidad solidaria de los *venturers*, (8) cada uno de los *venturers* es un *agent* o representante del *joint venture*, en el ámbito del proyecto; y, (9) un patrimonio.³

La doctrina⁴ es coincidente sobre los cinco primeros rasgos, mismos que han sido mencionados -según Le Pera- en las decisiones judiciales estadounidenses, en las que se hace referencia al "carácter *ad hoc* del proyecto; alguna contribución de todas las partes; disposiciones sobre el modelo en que

³ El carácter fiduciario del contrato lo hemos considerado parte del aspecto contractual del *joint venture*.

⁴ Cfr. SIERRALTA Ríos Anibal, *Joint Venture Internacional*, Depalma, primera edición, Buenos Aires 1996, pp. 70-80; LE PERA Sergio, *Joint Venture y Sociedad*, Astrea, segunda reimpresión, Buenos Aires 1992, pp. 74-77; FARINA Juan M., *Contratos Comerciales Modernos*, Astrea, primera reimpresión, Buenos Aires 1994, p. 750; CABANELLAS de la Cuervas Guillermo, *Joint Venture Business in the US and Latin América*, Michigan, Ann Arbor, 1970., p. 724; SEGAL L., *Joint Adventures. The sharing of losses dilemma*, University of Minnesota Law Review, p. 432.

serán distribuidas las utilidades y un cierto grado de control de todos los partícipes sobre el modo de ejecutar el proyecto".⁵

Es preciso recordar que, antes de la modificación de la RUPA en 1994, en la que se consideró a la *partnership* como un *ente* distinto de los socios, esta figura societaria era considerada como una *agregación de personas*, aún cuando recibía un tratamiento semejante al de una *persona jurídica*, sin serlo. Ese aspecto es particularmente interesante para nuestro estudio, por lo que habremos de abordar la forma como se regulaba la *partnership* y, por lo tanto, el *joint venture*, con anterioridad a la referida modificación. Dos rasgos son importantes: el derecho recíproco de representación (*mutual agency*) de los *partners* y el patrimonio común (*tenancy in partnership*).

La atribución al *joint venture*, en el ámbito internacional, de la totalidad de los caracteres apuntados dependerá, en buena medida, del Derecho que resulte aplicable a la relación. En el Derecho mexicano no están expresamente reconocidas la responsabilidad solidaria de las partes, el carácter que se atribuye a los *venturers* como representantes del *joint venture*, ni la existencia de un patrimonio común, éste último como rasgo atinente a una relación societaria carente de personalidad jurídica, como lo fue la *partnership* hasta antes de la RUPA (1994), según se precisó.

Por otra parte, el *joint venture* ha adquirido en la práctica internacional, un sentido relativamente diferente al que presenta conforme al régimen jurídico estadounidense.

En primer término, la relación contractual derivada del *joint venture* puede dar lugar a diversas relaciones jurídicas particulares, de carácter negocial, que fungen como instrumentos para ejecutar el contrato, de tal manera que cada uno de esos negocios jurídicos deriva propiamente de éste, con el que forman un conjunto de negocios jurídicos vinculados en razón de un objetivo común. De esa forma, cualquier negocio jurídico, de la naturaleza que fuere, servirá como medio

⁵ LE PERA Sergio, *Joint Venture y Sociedad*, Astrea, segunda reimpresión, Buenos Aires 1992, pp. 69-70.

para la ejecución del contrato de *joint venture*. En ese cúmulo de relaciones se identifica un *contrato de base* y uno o varios *contratos derivados*.

El *joint venture* deviene así, en un contrato en el que las partes *determinan los medios que emplearán para realizar la actividad que han convenido emprender en conjunto*, rasgo que, desde nuestra perspectiva, identifica al contrato que se analiza. Este aspecto será materia de análisis posterior.

En segundo lugar, la doctrina reconoce tres clases de *joint venture* según la forma como se ejecuta el acuerdo: el *joint venture* societario, que se presenta cuando se acude a una sociedad como vehículo para el cumplimiento del contrato; el *joint venture* contractual, que es aquél en el que el contrato se cumple sin utilizar una sociedad; y el *joint venture* mixto, en el que una parte del negocio se realizará por medio de una sociedad y otra no.

Entendemos 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.

Nos ocuparemos de los caracteres del *joint venture* desde el enfoque de la doctrina internacional, análisis que habrá de abarcar su apreciación conforme al Derecho estadounidense, dado que algunos de los rasgos que se le han asignado se comprenden particularmente desde esa perspectiva. Tales peculiaridades las confrontaremos con la regulación que reciben en el Derecho mexicano las figuras asociativas. Dejaremos para su desarrollo posterior, en este mismo trabajo, el rasgo que hemos identificado consistente en la *definición de los medios de ejecución de la empresa convenida*.

2.2. NATURALEZA CONTRACTUAL.

La doctrina es unánime en resaltar la naturaleza contractual del *joint venture*, motivo por el que abordaremos, en el presente apartado, algunos aspectos que se derivan del citado carácter contractual, que consideramos relevantes.

a) Contrato asociativo. La naturaleza jurídica del *joint venture* es la de un contrato asociativo, según quedó apuntado en la parte introductoria del presente estudio.

b) Contrato de colaboración. Se trata, también, de un contrato de colaboración. Los contratos asociativos encuadran dentro de los contratos de colaboración, al lado de algunos contratos de cambio, tales como el mandato, la comisión, la agencia, la edición, etcétera.⁶

El contrato de colaboración es aquél por virtud del cual 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 dineraria.⁷

c) Contrato de organización. A los contratos asociativos se les ha denominado como contratos de organización.

Según Farina, el "contrato de organización se da cuando ese desenvolvimiento continuado requiere que las partes tengan oportunidad jurídica de expresar su voluntad sobre las cuestiones de interés común, generalmente, acerca del modo de conducir esa actividad," participando en la adopción de decisiones, por lo que precisan de normas "que determinen cómo se estructure la

⁶ Cfr. FARINA Juan M., *Contratos Comerciales Modernos*, Astrea, primera reimpresión, Buenos Aires 1994, pp. 737, 738.

⁷ De acuerdo con Farina, "son contratos de colaboración aquellos en los cuales media una función de cooperación de una parte hacia otra o, recíprocamente, para alcanzar el fin que ha determinado el advenimiento del contrato" (FARINA, *op. cit.*, p. 738).

administración, la fiscalización, y de qué modo los miembros expresaran sus opiniones y decidirán respecto de las cuestiones comunes".⁸

Los contratos de organización "suponen una relación **negocial** sujeta a un desenvolvimiento continuado", por lo que también son contratos de duración, en los que "el tiempo constituye un elemento esencial".⁹

d) Contrato plurilateral funcional. En el *joint venture* participan dos o más personas físicas o jurídicas, por lo que se trata de un contrato plurilateral funcional. Esta clase de contratos "tienen originaria o potencialmente más de dos centros de intereses diferenciados".¹⁰ Contrario a lo que afirma Mosset Iturraspe, es posible que en tales contratos exista reciprocidad o interdependencia entre las prestaciones surgidas del contrato, si bien es factible que **no** haya paridad en ellas, lo que **es** distinto.

De acuerdo con Barbieri, los contratos plurilaterales tienen, como características esenciales: "una finalidad común, una organización administrativa patrimonial **de** cierta complejidad y duración, y una **apertura** al ingreso de intereses".¹¹

Los contratos plurilaterales funcionales se "caracterizan porque existe la posibilidad (**no** la necesidad) de que intervengan **más de dos partes**". Se diferencian de los contratos plurilaterales estructurales, en los que "el número de partes debe, necesariamente, ser más de dos".¹²

En esta clase de contratos cobra relevancia, por su especialidad, el supuesto de incumplimiento de unas de las partes. Tratándose del *joint venture*, cualquiera de los *venturers* podría exigir el cumplimiento y la responsabilidad resultante, aún cuando fuera un *joint venture* societario; en esta clase de *joint*

⁸ FARINA, *ib.*, pp. 739, 740.

⁹ FARINA, *ib.*, pp. 738, 739.

¹⁰ MOSSET Iturraspe Jorge, *Contratos de Colaboración Empresarial*, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, no. 3, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe 1993, pp. 23-24.

¹¹ BARBIERI Pablo C., *Contratos de Empresa*, Universidad, Buenos Aires 1998, p. 69.

¹² FARINA, *op. cit.*, p. 741.

venture las partes emplean una sociedad para ejecutar el acuerdo, por lo que ésta también estará legitimada para reclamar aquellos aspectos.

e) Contrato de empresa. El *joint venture* es, también, un contrato de empresa. La característica fundamental de los contratos de empresa es la participación de empresas como parte contratante.¹³ Empleamos el término *empresa* en su acepción económica, para significar que al vínculo contractual concurren *personas naturales o jurídicas titulares de una empresa*.

Barbieri sostiene que algunos contratos, entre los que se encuentra el *joint venture*, "está reservado exclusivamente para esta clase de sujetos, sin posibilidad de que puedan participar en ellos personas físicas individualmente consideradas".¹⁴ Esto es así, según el citado autor, en razón de que la colaboración de las partes a la empresa común requiere de una estructura tal, que les permita realizar su contribución; piénsese, por ejemplo, en el compromiso asumido por un *venturer* para la distribución de determinada mercadería, sin que cuente con la organización y los recursos humanos y materiales indispensable para cumplir con esa prestación.

Es característico para la configuración de estos contratos asociativos que los sujetos que conforman la relación jurídica vinculatoria entre los mismos sean empresas... , dado que sin la estructura organizativa propia de estos entes sería imposible la formación de las figuras en análisis. En consecuencia, las empresas son sujetos exclusivos de estas relaciones jurídicas...¹⁵

Por lo general, en el comercio internacional son sociedades las que se vinculan mediante esta figura asociativa, por lo que la afirmación tiene plena vigencia en ese ámbito; sin embargo, en la práctica local se presentan casos en

¹³ Cfr. BARBIERI, *op. cit.*, p. 58. Martorell señala 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, primera edición, Buenos Aires 1997, p. 238).

¹⁴ BARBIERI, *ib.*, p. 43.

¹⁵ BARBIERI, *ib.*, p. 70.

los que una o ambas partes no son titulares de empresas, por lo que el apuntado rasgo no es absolutamente caracterizante.

Es importante señalar que quienes participan en el *joint venture* mantienen su propia individualidad.

f) Contrato *intuitu personae*. El *joint venture* es un contrato *intuitu personae*, es decir, se celebra en atención a las cualidades propias de las partes, de tal manera que tales cualidades constituyen el "motivo determinante" de la contratación.

Este aspecto reviste relevancia. A partir de esa concepción, el contrato no admite, por regla general, la variación de las partes;¹⁶ la posición contractual sólo puede cederse con el consentimiento de los *venturers*, otorgado al celebrarse el contrato o por acto posterior.¹⁷ Lo mismo sucede con el ingreso de nuevos miembros al *joint venture*, para lo cual se requiere el consentimiento de todas las partes.

g) Relación fiduciaria. Derivado del señalado carácter *intuitu personae*, el *joint venture* constituye una relación que se sustenta en la confianza entre las partes, por la "reunión de factores personales... que se traduce en la buena fe, la confianza, la fidelidad y la integridad".¹⁸

Esa característica proviene de la *partnership*, en la que cada *partner* tiene deberes fiduciarios, tanto con la *partnership* como con sus *partners*, por lo que deben observar deberes de lealtad y de cuidado en la realización del negocio.¹⁹

La Suprema Corte de los Estados Unidos articuló una amplia -aunque no exhaustiva- lista de los principales deberes fiduciarios de los *partners*, que sería la siguiente:

(1) Un socio está impedido para usar, directa o indirectamente, los bienes de la sociedad para su propio beneficio; (2) en la conducción del negocio de la

¹⁶ Cfr. SIERRALTA Ríos Anibal, *Joint Venture Internacional*, Depalma, primera edición, Buenos Aires 1996, p. 78.

¹⁷ Cfr. SIERRALTA, *ib.*, p. 77.

¹⁸ SIERRALTA, *ib.*, p. 78.

sociedad, le está prohibido obtener para sí, cualquier beneficio furtivo; (3) no puede manejar el negocio de la sociedad para obtener una ventaja particular; (4) no puede iniciar otro negocio que represente competencia con el negocio de la sociedad, y por ello, privar a la sociedad de su tiempo, habilidades y fidelidad, sin ser responsable con sus socios, de cualquier beneficio que acumule para él, de esa forma; (5) le está prohibido asegurar para sí, lo que le corresponda obtener, por deber, para la sociedad de la cual es miembro; (6) tampoco puede aprovecharse de la información que conozca, que puede ser considerada, propiamente, propiedad de la sociedad, en el sentido de que dicha información está a disposición de la sociedad y le es útil para cualquier propósito relacionado con el objeto de la sociedad.²⁰

h) Contrato de duración. Por último, debe decirse que el *joint venture* implica una relación de duración, puesto que las partes buscan permanecer vinculadas en el tiempo, con independencia de que las contribuciones que se obligan a efectuar se realicen en forma continua o periódica.

Esta clase de nexos jurídicos no deben confundirse con las relaciones de tracto sucesivo, que son las que se cumplen de momento a momento; éstas son una especie de los vínculos de duración, que constituyen el género.

2.3. OBJETO COMÚN.

El contrato de *joint venture* precisa de un objeto común. En el origen de la figura, un rasgo que lo caracterizaba era la existencia de un objeto o proyecto único.²¹ Recuérdese lo que señalamos sobre el punto en el capítulo I, cuando analizamos la manera como surgió la figura y sus diferencias con la *partnership*.

¹⁹ Sección 404 RUPA (1997).

²⁰ Cfr. HARROCH Richard D., *Partnership & Joint Venture Agreements*, volumen 1, Law Journal Press, octava edición, p. 2-30. Latta v. Kilbourn, 150 U.S. 524, 541, 14 S. Ct. 201, 37 L. Ed. 1169 (1893).

²¹ Cfr. MARZORATI Osvaldo J., *Alianzas Estratégicas y Joint Ventures*, Astrea, primera edición, Buenos Aires 1996, p. 79.

En la actualidad, la doctrina se halla dividida; hay quienes sostienen que ése sigue siendo un elemento fundamental del *joint venture*.²² Entre ellos podemos citar a Sierralta, quien estima que tal elemento "es básico y primordial en el contrato, tanto que sin él, ni el contrato ni la operación existen".²³ Por su parte, Garrone²⁴ le otorga, a la limitación del objeto, el carácter de "elemento definitorio". Le Pera hace referencia, al tratar el punto, al carácter *ad hoc* del proyecto, puesto que, según su opinión, el *joint venture* debe estar destinado a un único proyecto.²⁵

Por el contrario, otra parte de la doctrina considera que el objeto del negocio común no precisa que sea único, ni que implique una limitación substancial, sino que admite una cierta amplitud en la actividad conjunta.²⁶ Astolfi se refiere al citado elemento como *specific venture*, al que califica como esencial entre los caracteres originarios del contrato de *joint venture*,²⁷ no obstante ello, reconoce que ha perdido parte de su relevancia en la práctica comercial internacional.²⁸ A su vez, Martorell señala que con el tiempo, "la singularidad del objeto ha sido considerada en algún caso como no esencial".²⁹

Estimamos que el objeto del *joint venture* puede ser amplio. No obstante, el alcance del objeto es intrascendente, puesto que lo fundamental es la existencia de una finalidad común, sin importar que éste se satisfaga en corto tiempo o requiera de un plazo prolongado, o bien, se trate de un proyecto singular o de varios. Como lo sostiene Dobson, la exigencia de un objeto único "no es aplicable

²² Cfr. LE PERA, *op. cit.*, p. 74. SIERRALTA, *op. cit.*, pp. 57, 72. GARRONE José Alberto y Mario E. Castro Zammartino, *Manual de Derecho Comercial*, Abeledo-Perrot, segunda edición, Buenos Aires 1996, p. 527.

²³ SIERRALTA, *op. cit.*; p. 73.

²⁴ Cfr. GARRONE, *op. cit.*, p. 527.

²⁵ Cfr. LE PERA, *op. cit.*, p. 74.

²⁶ Cfr. FARINA, *op. cit.*, p. 754.

²⁷ Cfr. ASTOLFI Andrea, *Joint Venture Internacional*, separata de la Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones número 83 (Octubre de 1981), Depalma, Buenos Aires 1986, p. 29.

²⁸ ASTOLFI, *ib.*, p. 29.

²⁹ MARTORELL Ernesto Eduardo, *Tratado de los Contratos de Empresa*, tomo III, Depalma, primera edición, Buenos Aires 1996, p. 259.

a la designación internacional del instituto", ámbito en el que se separa de su significado en el Derecho estadounidense.³⁰

El objeto del *joint venture* debe ser específico.³¹ Entendemos por tal, aquél que es preciso,³² es decir, aquél que se refiere a un objeto contractual claro,³³ concreto o determinado, sin importar si es único o amplio. El hecho de que el objeto sea específico, no es obstáculo para que la duración del contrato pueda ser indefinida.

En el referido contrato, las partes determinan la empresa que habrán de iniciar, lo que implica determinar con precisión la actividad que desarrollarán, sin que ello signifique que el objeto del *joint venture* deba ser único, puesto que, como lo sostiene Farina, "las relaciones entre los miembros... tienden a formar parte de una relación más amplia".³⁴

"La práctica está aconsejando que se precise el objeto contractual e incluso se detalle la intención y propósito de las partes",³⁵ puesto que ello permitirá interpretar el contrato, a partir de las motivaciones que tuvieron al celebrarlo, lo que es importante, en caso de conflicto, para su interpretación y cumplimiento.³⁶

En consecuencia, el alcance del objeto del *joint venture* puede ser amplio o restringido. Wolf recomienda que sea lo más amplio posible para prevenir la competencia futura entre los *venturers* en áreas relacionadas, lo que permitirá estimular la actitud cooperativa entre las partes.³⁷

La naturaleza de la aportación que las partes realizarán a la empresa conjunta puede originar opiniones encontradas entre ellas en cuanto al alcance del objeto del *joint venture*, por ejemplo: quien transfiere al *joint venture* parte de un negocio ya existente querrá un objeto restringido, para que no represente para ella

³⁰ DOBSON Juan M., *El Abuso de la Personalidad Jurídica*, (en el Derecho Privado), Depalma, segunda edición, Buenos Aires 1991, pp. 319, 320.

³¹ Cfr. SIERRALTA, *op. cit.*, pp. 70-80.

³² Cfr. SIERRALTA, *ib.*, pp. 57, 73.

³³ Cfr. SIERRALTA, *ib.*, p. 57.

³⁴ FARINA, *op. cit.*, p. 755.

³⁵ SIERRALTA, *op. cit.*, p. 73.

³⁶ Cfr. SIERRALTA, *ib.*, p. 73.

³⁷ Cfr. WOLF Ronald Charles, *A Guide to International Joint Venture with sample clauses*, Klumer Law, segunda edición, London-Cambridge 1999, p. 35.

un problema de competencia, sobre todo en función de la parte del negocio que se reserva para sí, que tratará de proteger; en cambio, una persona que contribuye con capital podría buscar que el alcance del objeto sea lo más amplio posible.³⁸

2.3.1. La importancia del objeto.

El objeto constituye una de las más importantes disposiciones del acuerdo de *joint venture*³⁹ y debe someterse a amplias negociaciones.

Su importancia deriva del hecho de que el señalado objeto o finalidad común que las partes pretenden alcanzar, constituye el punto de referencia de las relaciones entre las partes; todo lo que quede dentro de ese objetivo común habrá de ser regulado por el contrato de *joint venture*.

Se trata de una disposición que se vincula con otras disposiciones del *joint venture agreement*, entre las que podrían mencionarse, de manera enunciativa, las relativas a la restricción de la competencia entre el *joint venture* y los *venturers*, y de éstos últimos entre sí; el otorgamiento de licencias de tecnología al *joint venture* que también habrán de quedar limitadas al objeto propio del señalado acuerdo; y así otras disposiciones. Los aspectos relacionados con el contenido del contrato de *joint venture* se tratan en el capítulo cuarto de esta primera parte, al que remitimos.

2.3.2. El plazo en el *joint venture*.

Un elemento que se encuentra vinculado al objeto específico del *joint venture* es el plazo. Éste se determina en el contrato y se limita al logro del propio objetivo común.⁴⁰ No se trata, sin embargo, de un elemento esencial, puesto que hay quienes reconocen la posibilidad de que su duración sea indefinida, como lo sugiere Harroch.⁴¹

³⁸ Cfr. HARROCH, *op. cit.*, p. 7-18.

³⁹ Cfr. HARROCH, *ib.*, p. 7-18.

⁴⁰ Cfr. SIERRALTA, *op. cit.*, p. 57.

⁴¹ Cfr. HARROCH, *op. cit.*, p. 7-106.6.

El plazo se pacta "en beneficio de todos los contratantes, salvo que se establezca otra cosa".⁴²

2.3.3. *El objeto del joint venture y la competencia desleal.*

Al definirse el alcance del objeto común del *joint venture*, habrán de tomarse en cuenta los posibles *problemas de oportunidad de negocios y los deberes fiduciarios*.⁴³

Tratándose del *joint venture* societario, la *doctrina de la oportunidad corporativa* se explica a partir del deber de lealtad: prohíbe a directores, administradores y accionistas que tienen el control, desviar las oportunidades de negocios del *joint venture*, que tiene preferencia sobre ellas. Esta prohibición puede afectar la creación de nuevos negocios, especialmente si la actividad del *joint venture* y de los *venturers* se relaciona estrechamente.⁴⁴

Se trata de impedir (1) que un *venturer* use tecnología desarrollada por el *joint venture* fuera del objeto que éste persigue y (2) que se comunique a un participante la oportunidad de adquirir un negocio.⁴⁵

Sólo será posible aprovechar la oportunidad cuando se haya revelado toda la información relacionada con ella y se conceda permiso, de manera expresa, para realizarla. No obstante, este mecanismo de revelación – consentimiento presenta inconvenientes. Para reducirlos, es menester precisar los negocios en los que el *joint venture* participará y las áreas que se reservarán para los *venturers*. La descripción clara del objeto del *joint venture* y el alcance de la cláusula de no-competencia aportarán elementos que permitirán precisar las restricciones al respecto.⁴⁶

⁴² ARCE GARGOLLO Javier, *Contratos Mercantiles Atípicos*, Porrúa, segunda edición, México 1996, p. 323.

⁴³ Cfr. HARROCH, *op. cit.*, p. 7-18.

⁴⁴ Cfr. HARROCH, *ib.*, p. 7-77. La misma regla se aplica en tratándose de *partnerships* y de *limited liability companies*.

⁴⁵ Cfr. HARROCH, *ib.*, p. 7-78.

⁴⁶ Cfr. HARROCH, *ib.*, p. 7-79.

Se ha recomendado que se establezca un procedimiento que permita identificar las oportunidades de negocios que quedan excluidas de la prohibición, lo que elimina el riesgo de responsabilidad, cuando se detectan de acuerdo con el procedimiento establecido.⁴⁷

2.4. CONTRIBUCIÓN DE LAS PARTES.

Otro de los elementos que componen el concepto de *joint venture* es la contribución de las partes. La doctrina se refiere a éste elemento, de manera indistinta, con las palabras "aportación" o "contribución". El concepto de contribución es más amplio que el de aportación.

Como lo señala Le Pera, quienes participan en el *joint venture* deben realizar una contribución al esfuerzo común,⁴⁸ de lo contrario, sería inapropiado hablar de *joint venture*.

2.4.1. La naturaleza de la contribución.

La contribución "puede ser de la más variada gama".⁴⁹ No se limita al contenido tradicional de la aportación en una sociedad personalista,⁵⁰ en una *asociación en participación* (enseguida AP) ni, mucho menos, capitalista,⁵¹ sino que es, en realidad, más amplia.

Arce Gargollo resalta esa característica de la contribución, al sostener que "no debe limitarse a las prestaciones de dar que conforme a nuestra legislación constituyen el pago del capital social en sociedades mercantiles capitalistas".⁵²

⁴⁷ Cfr. HARROCH, *lb.*, p. 7-80.

⁴⁸ Cfr. LE PERA, *op. cit.*, p. 74. ARCE, *op. cit.*, p. 323. SIERRALTA, *op. cit.*, p. 61.

⁴⁹ GHERSI, *op. cit.*, p. 42.

⁵⁰ En las sociedades personalistas se atiende a las cualidades de las personas que en ellas participan. La sociedad civil y la sociedad en nombre colectivo constituyen el paradigma de esta clase de sociedades.

⁵¹ En éstas importa la aportación de capital; las cualidades de las personas pasa a segundo término. La sociedad anónima es un ejemplo de este tipo.

⁵² ARCE, *op. cit.*, p. 323.

Agrega el citado autor que el "concepto de aportación debe entenderse en un sentido muy amplio".⁵³

En las sociedades personalistas, los socios pueden aportar bienes y servicios. Los primeros son objeto de la aportación de capital, que consiste en dinero (numerario) o en especie. La aportación de servicios, también denominada *de industria* o *de trabajo*, se refiere a "actividades personales, inseparables de la persona física"⁵⁴ o jurídica⁵⁵ que participa en la sociedad. Según Barrera Graf, "las aportaciones de industria consisten en trabajos o servicios que los socios se obligan a prestar a favor de la sociedad, durante el funcionamiento de ésta".⁵⁶ En la AP, el objeto de la aportación que el asociado realiza al asociante también pueden ser bienes, servicios o ambos;⁵⁷ coincidimos con Barrera Graf en que en la AP "rigen, en general, las reglas de las aportaciones a sociedades",⁵⁸ por lo que la referencia que en lo sucesivo se realice a las sociedades personalistas, se entenderá hecha también a la AP.

Ese aspecto de la aportación en las referidas sociedades es semejante a la contribución de las partes en el *joint venture*; sin embargo, sólo abarca algunas de las maneras de contribuir al objetivo común, en una relación contractual de esa clase.

Para Ghersi, la contribución en el *joint venture* puede ser "todo bien o servicio que resulte necesario para alcanzar" el citado objetivo común.⁵⁹ De dicha afirmación no se aprecia la real amplitud del apuntado elemento, acorde con la variedad de su contenido; por ello, al referirnos a éste, debemos considerar que puede tratarse de *cualquier prestación* que pueda ser objeto de una obligación de

⁵³ ARCE, *Ib.*, p. 323.

⁵⁴ RODRIGUEZ Rodríguez Joaquín, *Tratado de Sociedades Mercantiles*, tomo I, Porrúa, sexta edición, México 1981, p. 33.

⁵⁵ Barrera Graf sostiene que las aportaciones de industria "no sólo pueden prestarse por personas físicas (su trabajo personal), sino también por sociedades, cuya finalidad estriba en la prestación de servicios... en estos casos, la sociedad aportante, como socio de la aportada, se obligaría a prestar éste servicio... con medios propios y con propio personal" (BARRERA GRAF Jorge, *Instituciones de Derecho Mercantil*, Porrúa, México 1989, p. 276).

⁵⁶ BARRERA GRAF, *Ib.*, p. 274.

⁵⁷ Artículo 252 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

⁵⁸ BARRERA GRAF, op. cit., p. 243.

dar, de hacer o, inclusive, de no hacer, siempre que fuere necesaria para alcanzar el expresado objetivo.

De acuerdo con Colaiacovo, las contribuciones en el *joint venture* pueden ser, de manera enunciativa, las siguientes:

Recursos monetarios (capital) o financiamiento, recursos naturales, recursos humanos (mano de obra calificada o no calificada), recursos tecnológicos, bienes de capital o equipos, bienes de consumo (utilizado en *joint ventures* de distribución) o partes, piezas y componentes, tierra, edificios, infraestructura, acceso al gobierno, *management* y acceso a mercados.⁶⁰

En el *joint venture*, las aportaciones financieras tienen menor importancia que las aportaciones de tecnología y de habilidades gerenciales, en razón de que estas últimas "son directamente funcionales para el propio objeto del contrato".⁶¹

Con la finalidad de resaltar la señalada amplitud del elemento analizado, lo compararemos con las aportaciones en las sociedades personalistas y capitalistas del Derecho mexicano, en los aspectos que consideramos fundamentales.

Tratándose del *joint venture*, la contribución de las partes puede tener por objeto prestaciones de hacer que difícilmente corresponden al concepto de aportación de industria en las sociedades personalistas, por ejemplo: asumir determinada responsabilidad u otorgar garantías. Según Rodríguez, la aportación del socio en una sociedad personalista "no puede limitarse, en ningún caso, a asumir responsabilidad".⁶²

En esa clase de sociedades, a excepción de la sociedad civil,⁶³ es imposible que la aportación de todos los socios consista sólo en industria, puesto que es

⁵⁹ GHERSI, *op. cit.*, p. 42.

⁶⁰ COLAIACOVO Juan Luis, *et. al.*, *Joint Ventures y otras formas de Cooperación Empresarial Internacional*, Macchi, Buenos Aires 1992, p. 203.

⁶¹ SIERRALTA, *op. cit.*, p. 56.

⁶² RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p. 33.

⁶³ Según Joaquín Rodríguez y Rodríguez, "Las sociedades civiles pueden constituirse sin aportaciones materiales, sólo con la aportación del esfuerzo personal de sus socios" (RODRÍGUEZ, *Ib.*, pp. 33-34).

necesario que haya, por lo menos, una aportación de capital.⁶⁴ Por el contrario, el *joint venture* admite la posibilidad de que las contribuciones de los *venturers* sean, en su totalidad, obligaciones de hacer, lo que marca una diferencia entre las señaladas figuras jurídicas.

Por otra parte, la naturaleza de algunos bienes que se aportan a un *joint venture*, es un obstáculo para ser aportados al capital social de una sociedad capitalista, como el caso de cierta tecnología como el *know how*,⁶⁵ que sí podría proporcionarse en una personalista.

Por último, en las sociedades personalistas es difícil concebir la aportación de obligaciones de no hacer,⁶⁶ lo que nos parece factible en el *joint venture*. Pueden señalarse supuestos tales como: la abstención de realizar la misma actividad del *joint venture* en determinado territorio; la exclusividad para adquirir o, en su caso, vender, los productos del *partner*; dejar de hacer determinada actividad que se venía realizando por una de las partes. Estas abstenciones pueden constituir, en sí mismas, una contribución.

Colaïacovo presenta una relación de las contribuciones que con mayor frecuencia se presentan en un *joint venture*,⁶⁷ que podemos agrupar en tres bloques correspondientes a las contribuciones en dinero, en especie y en servicios, éstas últimas mejor referidas como prestaciones de hacer, a los que debe agregarse un cuarto grupo, relativo a las obligaciones de no hacer o abstenciones.

a) Contribuciones en dinero: (1) Moneda nacional; (2) moneda extranjera, por lo general, divisas de libre convertibilidad; (3) capitalización de deuda (*debt swapping*); (4) reinversión de utilidades.

Tratándose de la última clase, no puede considerarse como contribución en una sociedad, debido a que las utilidades pertenecen a la propia sociedad y no a

⁶⁴ Cfr. BARRERA GRAF, *op. cit.*, p. 273.

⁶⁵ Cfr. COLAIACOVO, *op. cit.*, p. 197.

⁶⁶ Cfr. BARRERA GRAF, *op. cit.*, p. 272.

⁶⁷ Cfr. COLAIACOVO, *op. cit.*, pp. 198-201.

los socios.⁶⁸ En cambio, en el *contractual joint venture*, las utilidades pertenecen a los *venturers*, quienes contribuyen con su importe al acordar su reinversión. Se trata de un supuesto de incremento en su contribución.

b) Contribuciones en especie: (1) Bienes de capital (equipos); (2) terreno, edificios, construcciones, por ejemplo: una fábrica instalada; (3) repuestos, partes, piezas, componentes; (4) materias primas; (5) bienes semielaborados; (6) bienes terminados (es más común la contribución de bienes de consumo, que bienes industriales);⁶⁹ es una contribución típica en *joint ventures* que tienen por objeto el comercio y la distribución de mercaderías; (7) recursos naturales; (8) tecnología: patentes de invención, marcas, nombres comerciales, información técnica, etcétera.

c) Contribuciones de hacer, no necesariamente de industria: (1) tecnología: asistencia técnica, *know how*, consultoría, etcétera; (2) proporcionar créditos; (3) obtener financiamientos; (4) mano de obra (la contribución consiste en proporcionar o poner a disposición del *joint venture* recursos humanos para el desempeño de determinado trabajo, como pueden ser profesionales calificados de bajo costo); (5) capacidad gerencial (es un aporte típico en el caso de las empresas conjuntas);⁷⁰ (6) acceso a mercados: interno o externo; (7) canales de distribución o de comercialización; (8) influencias y contactos con gobiernos, cámaras, sindicatos, etcétera; (9) conocimiento del entorno.

En las dos últimas clases de contribución, lo que se aporta no son la influencia, los contactos ni el conocimiento en sí mismo, sino la realización de las actividades derivadas de ellas, que se manifiestan en resultados concretos, por ejemplo, la obtención de alguna autorización, etcétera.

⁶⁸ No nos referimos al caso en que lo que se capitaliza son los dividendos, que pertenecen a los socios, supuesto en el cuál sí habrá de considerarse como aportación.

⁶⁹ Cfr. COLAIACOVO, *op. cit.*, p. 199.

⁷⁰ Cfr. COLAIACOVO, *ib.*, p. 200.

d) Contribuciones de no hacer. Estimamos que cualquier obligación de no hacer que sea necesaria para alcanzar la finalidad común, entre las que se pueden mencionar, como se dejó apuntado con antelación: abstenerse de desarrollar la misma actividad del *joint venture* en determinado territorio; la obligación de adquirir o vender, con exclusividad, los productos del *partner*; dejar de hacer la actividad que venía realizándose por uno de los *venturers*.

2.4.2. Formas de efectuar las contribuciones.

Las contribuciones pueden efectuarse de diversas maneras.⁷¹ Podemos señalar, en esencia, tres: la primera consiste en capitalizar dichas contribuciones; la segunda, en pagar una contraprestación por ellas, tal como honorarios, regalías o precios, etcétera; y, la tercera, en estimar un *equivalente porcentual* a la importancia o al valor de la contribución. Desde luego que la clase de contraprestación dependerá de la naturaleza misma de la aportación y del tipo de *joint venture* de que se trate, es decir, si se trata de un *joint venture* contractual, societario o mixto.

Sobre el punto, tomaremos de Colaiacovo⁷² algunos ejemplos relacionados con la tecnología, con la capacidad de comercialización y con la capacidad gerencial.

Respecto de la tecnología, puede suceder que el socio que la aporta quiera que se capitalice, o bien, que se entregue al *joint venture* mediante contrato separado.⁷³

La capacidad de comercialización o el acceso a mercados es de difícil medición o valuación en dinero, puesto que esa capacidad sólo se verá a través del desempeño futuro del *venturer*. Por lo general, se trata de una actividad que se remunera, por lo que no se valoriza como aportación a la constitución de la sociedad.⁷⁴

⁷¹ Cfr. COLAIACOVO, *ib.*, p. 197.

⁷² Cfr. COLAIACOVO, *ib.*, pp. 197, 207.

⁷³ Cfr. COLAIACOVO, *ib.*, p. 207.

⁷⁴ Cfr. COLAIACOVO, *ib.*, p. 197.

En la misma manera se trata la contribución del socio, de su capacidad gerencial, respecto a la cual se celebra un contrato de *management*, en el que se fija, entre otras cosas, la remuneración.⁷⁵

La asistencia técnica, la capacidad de comercialización, el acceso a mercados y la capacidad gerencial (*management*), son contribuciones que pueden capitalizarse al inicio del *joint venture* o, en su caso, retribuirse mediante contratos por separado, lo que es más frecuente en el *contractual joint venture*.⁷⁶

Sólo puede hablarse de *capitalización* de la contribución, cuando se trata de un *joint venture* societario (*joint venture corporation* o *equity joint venture*). Se entiende que la contribución se *capitaliza*, cuando se refleja en el capital social de la sociedad, por haberse transmitido bienes en propiedad (o en uso), como pago por la suscripción de acciones o partes sociales.

En cambio, cuando el *joint venture* permanece exclusivamente en el ámbito contractual, sin trascender a una sociedad (*joint venture* contractual o *non equity joint venture*), la importancia o el valor de la contribución puede establecerse en un *equivalente porcentual*, que representa el derecho de las partes a los beneficios y, en su caso, su compromiso en las pérdidas.⁷⁷ En este caso es incorrecto referirse a la *capitalización* de la contribución.

Sobre el punto, Gherzi señala que las contribuciones pueden quedar encubiertas mediante la aportación de dinero, al establecerse en el *joint venture*, los valores proporcionales de las contribuciones de las partes.⁷⁸

Tanto la capitalización como la determinación de un *equivalente porcentual*, cumplen la misma finalidad: precisar la participación de los *venturers* en el resultado de la operación. A diferencia de la capitalización, el *equivalente porcentual* no implica, necesariamente, un derecho sobre la cuota de liquidación.

El caso de la contribución de industria, "son valorables en dinero; pero, no son aportaciones de dinero ni de otros bienes".⁷⁹ En las sociedades mercantiles, si bien es posible pactar la proporción que la aportación de industria representará

⁷⁵ Cfr. COLAIACOVO, *ib.*, p. 197.

⁷⁶ Cfr. COLAIACOVO, *ib.*, p. 207.

⁷⁷ En el caso de que se llegara a pactar la participación en las pérdidas, desde luego.

⁷⁸ Cfr. GHERZI, *op. cit.*, p. 31.

respecto de las ganancias, la ley establece que al socio industrial le corresponderá, en defecto de ese pacto, el cincuenta por ciento respecto de ellas, de lo que se deduce que no se requiere la estimación de su valor, pues ello "sólo se exige para las aportaciones de capital".⁸⁰ En el *joint venture*, por el contrario, deben estimarse en su *equivalente porcentual* o, en su caso, remunerarse.

La clase de aportación puede determinar el tipo de control que tendrán las partes sobre la gestión, en el *joint venture*. Así, cuando las contribuciones son complementarias, de tal forma que una parte contribuye con *know how* y la otra, con el mercado —por ejemplo—, "entonces el *joint venture* de administración y operación compartida tiene sentido de existencia",⁸¹ lo que les permite controlar, a cada uno, la parte del *joint venture* correspondiente a su contribución.

Killing opina que cuando un *venturer* sólo aporta atributos tales como su nacionalidad, o bien, materias primas, componentes o clientes, o en su caso, activos (capital, marcas, patentes), el socio debe desempeñar un papel pasivo en el *joint venture*, lo que permitirá que el otro socio domine el emprendimiento.⁸²

2.4.3. Modalidades de las contribuciones.

Hay varias maneras en que se realiza la contribución. Tratándose de bienes, puede ser traslativa de dominio o de uso, o bien, sólo *ponerse a disposición*.

En éste último caso no se transmite ni el dominio ni el uso, sino que sólo se destinan los bienes al desempeño de la actividad que le ha correspondido desarrollar a quien contribuye de esa forma, sin perder por ello, la posesión de tales bienes, como el caso en que una de las partes *pone a disposición* la planta industrial que tiene establecida, en la que se procesará copra para la obtención de aceite de coco y otros derivados. En esencia, estamos ante la asunción de la

⁷⁹ RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p. 34.

⁸⁰ BARRERA GRAF, *op. cit.*, pp. 277, 289-290. En el mismo sentido: MANTILLA Molina Roberto L., Derecho Mercantil, Porrúa, vigésimo sexta edición, México 1989, p. 221.

⁸¹ COLAIACOVO, *op. cit.*, p. 168. Vide *infra* Capítulo III.

⁸² Cfr. KILLING Peter, *Strategies for Joint Venture Success*, citado por COLAIACOVO, *op. cit.*, p. 168.

obligación de ejecutar ciertas actividades empleando recursos propios (materiales o humanos).

Debe tenerse presente que el *joint venture* implica una relación de colaboración (*vide supra* apartado 2.1 inciso b), lo que significa que, en el caso de las contribuciones de industria, no se busca sólo el servicio del *partner*, sino una colaboración más amplia, para la obtención del beneficio común que se persigue, que va en función de la naturaleza de su contribución y de los requerimientos del emprendimiento, por ejemplo: cuando uno de los *venturers* proporciona el acceso al mercado (interno o externo), no basta con "poner a disposición" del *joint venture* su empresa para cumplir con esa prestación, sino que su colaboración exige desempeñar una serie de actividades diversas que importan una tarea continua y compleja, durante la vigencia de la relación contractual; podríamos decir que se trata de "varias colaboraciones" con unidad funcional, que se traduce en una colaboración permanente. Lo mismo cabría señalar respecto de los canales de distribución o de comercialización; de las relaciones y contactos con gobiernos, cámaras, sindicatos y autoridades; del conocimiento del entorno; etcétera. En definitiva, estas actividades podrían ser objeto de un negocio jurídico derivado del *joint venture*.

2.4.4. Momento en que se realizan las contribuciones y su objetivo.

La contribución puede efectuarse al comienzo de las operaciones del *joint venture* o durante éstas.⁸³ También puede perseguir objetivos muy diversos, lo que implicaría la necesidad de precisar a qué tipo de actividad se va a destinar la contribución, por ejemplo: al pago de acciones o partes sociales de la sociedad que se constituye por virtud del *joint venture*; a la compra de acciones o partes sociales de una sociedad ya constituida; al pago de acciones o partes sociales representativas del aumento del capital social de una sociedad; canje por títulos

⁸³ Cfr. COLAIACOVU, *op. cit.*, p. 198.

de deuda (*debt swapping*); a la adquisición de bienes; al pago de créditos; etcétera.⁸⁴

La contribución puede dar lugar a contratos paralelos,⁸⁵ también conocidos como contratos satélites⁸⁶ o derivados, y, por lo tanto, a una relación contractual vinculada.⁸⁷

Debemos recordar que el *joint venture* es un contrato asociativo, es decir, un contrato con *comunidad de intereses*. Por ello, las contribuciones de las partes deben efectuarse de tal manera que respondan a esa comunidad. En otras palabras, los *partners* deben realizar sus contribuciones para los fines que se propusieron al contratar; la actuación de cada uno debe ser en beneficio común.⁸⁸

2.4.5. Casos específicos de contribuciones.

En el acuerdo de *joint venture* deben quedar, debidamente definidas, las contribuciones que las partes harán a la empresa conjunta, para alcanzar el objetivo común que se han propuesto. Esta contribución puede tener naturaleza variada, según lo dejamos precisado en líneas anteriores. En el presente apartado haremos algunas referencias a la aportación de bienes y de capital.

a) Bienes. Harroch aconseja que se elabore una lista de los bienes que requerirá el *joint venture* y se defina la manera como se obtendrán.⁸⁹

Un aspecto relevante que habrá de considerarse en el acuerdo de *joint venture* es el relativo a la propiedad de los bienes: en dicho acuerdo debe definirse quién será el propietario de los bienes que se destinen al *joint venture* o que se adquieran.

Debe tenerse presente que quizá se requiera el consentimiento o la aprobación de un tercero para la transmisión --como el caso de bienes

⁸⁴ Cfr. COLAIACOVO, *ib. cit.*, p. 198.

⁸⁵ Cfr. MARZORATI, *op. cit.*, p. 736.

⁸⁶ Cfr. SIERRALTA, *op. cit.*, pp. 241-246.

⁸⁷ Cfr. MARZORATI, *op. cit.*, p. 736.

⁸⁸ Cfr. LE PERA, *op. cit.*, pp. 74-75.

⁸⁹ Cfr. HARROCH, *op. cit.*, p. 7-23.

pertenecientes a una persona casada bajo el régimen de sociedad conyugal, en el que el cónyuge debe otorgar su conformidad—, por lo que ésta habrá de concurrir a la celebración del acuerdo respectivo.

Un punto que podría resultar complicado se presenta cuando algunos bienes van a ser compartidos entre alguna de las partes y el propio *joint venture*, aspecto que debe quedar contemplado en el contrato, sin importar la manera como los bienes serán puestos a disposición del *joint venture*.

Es conveniente que el contrato de *joint venture* contenga afirmaciones vinculantes (*representations and warranties*) relacionadas con la condición del título de propiedad de los bienes, así como el alcance de las deudas, embargos o gravámenes que éstos tuvieran. Las señaladas afirmaciones vinculantes también deben referir el hecho de que los bienes son adecuados para el uso que pretende dárseles en el *joint venture*, así como la responsabilidad derivada de dichos bienes. Asimismo, cuando una de las partes aporta bienes relacionados con un negocio existente, se recomienda incluir declaraciones relacionadas con la situación financiera de ese negocio. Al tema de las *representations and warranties* dedicamos un apartado específico en el capítulo IV del título primero de este estudio.

b) Capital. En el *joint venture agreement* han de preverse las aportaciones de capital que las partes realizarán y la forma como se pagarán. Esas aportaciones pueden efectuarse al constituirse el *joint venture* (aportaciones iniciales) o con posterioridad (aportaciones futuras); por regla general, los *venturers* contribuyen al capital del *joint venture* cuando éste se constituye, especialmente cuando se trata de un *joint venture* societario que emplea una sociedad de capital, que requiere para su constitución de un capital fundacional.⁹⁰

b.1) Futuras aportaciones. Tratándose de futuras aportaciones de capital en un *joint venture* societario, habrá de considerarse la clase de sociedad de que

⁹⁰ Se entiende por capital fundacional el capital mínimo requerido por la ley para constituir una sociedad.

se trate, puesto que algunas figuras societarias no permiten obligar a los socios a efectuar esa clase de aportaciones adicionales, como sucede en México con la sociedad anónima.⁹¹ Otras sociedades, sin embargo, lo permiten, como la sociedad de responsabilidad limitada, en la que los socios pueden quedar obligados a realizar aportaciones suplementarias cuando así lo establezca el contrato social,⁹² como lo dispone la legislación mexicana.

La aportación de capital puede hacerse en el *joint venture* en sí y no a la sociedad que se emplea como medio para su ejecución.

b.2) Forma de obtener el capital. En el acuerdo de *joint venture* también debe definirse la manera como se obtendrá el capital que se requiera para el logro de la finalidad común. Al respecto existen distintas posibilidades: (1) obtener préstamos o créditos de bancos comerciales o de prestamistas; (2) los propios *venturers* podrían realizar préstamos al *joint venture*; (3) terceras personas tendrían, también, la posibilidad de proveer capital al *joint venture* (como capital de riesgo o *venture capital*); y (4) los *venturers* podrían efectuar contribuciones adicionales de capital.

Puede establecerse en el *joint venture agreement* la prioridad que tendrán, de requerirse, los diferentes medios de financiamiento, de tal manera que se prefiera a alguno en lo particular, antes que a otros, y, en el caso de que ese medio no sea posible, se acuda al señalado en segundo término, y así sucesivamente.⁹³

Por lo general, los *venturers* se reservan el derecho de autorizar previamente la obtención de préstamos que exceden de determinada cantidad, por lo que fijan un límite. Comúnmente se establece, para efectos de la autorización, una mayoría calificada o el voto unánime de los miembros del consejo de administración.

⁹¹ No obstante, creemos que al contemplarse la obligación de las partes de realizar aportaciones futuras en el contrato de *joint venture*, podría exigirse el cumplimiento de esa obligación, aun tratándose de una sociedad anónima.

⁹² Artículo 70 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

⁹³ Cfr. HARROCH, *op. cit.*, pp. 7-57 - 7-58.

Para el caso de que los *venturers* decidan realizar préstamos al *joint venture*, es conveniente establecer en el acuerdo de *joint venture* los términos y condiciones de dichos préstamos y si será obligatorio o discrecional efectuarlos. En este caso, el préstamo será considerado como un contrato derivado del *joint venture*.

b.3) Inversión de capital por terceros. Normalmente no se establece en el *joint venture agreement* la posibilidad de que terceras personas realicen inversiones de capital, dado que esa inversión podría diluir su participación. Por esa razón, comúnmente se prevé una mayoría calificada o una votación unánime de los *venturers* para permitir que los terceros efectúen las señaladas inversiones.

El acuerdo podría establecer el *derecho para suscribir nuevas acciones* o *preemptive right*, *disposiciones que eviten la dilución en la participación* o *anti-dilution provisions*, el *derecho a la primera opción* o *right of first refusal* y el *derecho a la primera oferta* o *first offer right*.

De acuerdo con el *Black's Law Dictionary*, el *preemptive right* es...

El privilegio de un accionista para mantener una participación proporcional en el capital social, a través de la adquisición de una parte proporcional de cualquier nueva emisión de acciones. Un accionista tiene, en la mayoría de las jurisdicciones, el derecho de comprar acciones adicionales de una nueva emisión para preservar la proporción en la que participa, antes de que otros tengan derecho a adquirir las acciones de una nueva emisión. El propósito de tales derechos es proteger a los accionistas de la dilución del valor y del control, cuando las nuevas acciones se emiten. En los estatutos de sociedades modernas, los derechos de prioridad pueden ser limitados o negados.⁹⁴

Ese mismo diccionario define la *anti-dilution provision* como...

⁹⁴ The privilege of a stockholder to maintain a proportionate share of ownership by purchasing a proportionate share of any new stock issues. An existing stockholder in most jurisdictions has the right to buy additional shares of a new issue to preserve his equity before others have a right to purchase shares of the new issue. The purpose of such rights

Una disposición que aparece en las acciones convertibles para garantizar que el privilegio de conversión no se afecte por la reclasificación de acciones, división de acciones, dividendos de las acciones o transacciones similares que puedan incrementar el número de acciones sin incrementar el capital social.⁹⁵

Por su importancia, hemos dedicado al *derecho a la primera opción* o *right of first refusal* y al *derecho a la primera oferta* o *first offer right* un apartado especial, mas adelante, en el capítulo IV de esta primera parte, por lo que nos remitimos a ese lugar.

b.4) Aportaciones adicionales. Los *venturers* se oponen, normalmente, a que haya el compromiso de realizar contribuciones adicionales de capital, de manera obligatoria, por lo que éstas se establecen como contribuciones voluntarias. Además, el acuerdo sobre el particular lo sujetan, comúnmente, a una mayoría calificada o al voto unánime de los *venturers* y lo limitan, también, a una cantidad máxima.

En el caso de que las contribuciones sean obligatorias o se trate de contribuciones adicionales acordadas por los *venturers* en la forma dispuesta en el *joint venture agreement*, debe preverse qué sucederá en caso de que alguno de los *venturers* incumpla. De manera mas concreta, habrá de precisarse si el incumplimiento dará lugar a la terminación del *joint venture*, y por lo tanto, a la aplicación de los *mecanismos de salida*,⁹⁶ aspecto que tratamos en el capítulo V.

b.5) Aportaciones sustitutas. Puede también pactarse, en el supuesto apuntado, que los demás *venturers* realicen contribuciones sustitutas de capital o,

is to protect shareholders from dilution of value and control when new shares are issued. In modern corporation statutes, preemptive rights may be limited or denied.

⁹⁵ A provision appearing in convertible securities to guarantee that the conversion privilege is not affected by share reclassifications, share splits, share dividends, or similar transactions that may increase the number of outstanding shares without increasing the corporate capital.

⁹⁶ Se trata de instrumentos a los que los *venturers* pueden acudir para "salirse" de la operación.

en su caso, presten dinero al *joint venture*, en el monto correspondiente al *venturer* que incumplió.

Si se trata a los fondos sustitutos como aportaciones de capital, tratándose del *joint venture* societario debe establecerse una disposición que prevea los cambios en la participación accionaria de la sociedad que se constituya, dado que la participación del *venturer* incumplido se verá reducida y, desde luego, la participación de quien realice la aportación sustituta se incrementará.

En cambio, si los fondos sustitutos se tratan como préstamo, todos los *venturers* que realicen la aportación habrán de regirse por los términos del préstamo. El contrato puede prever que los préstamos sustitutos se paguen con anterioridad a los dividendos, especialmente a los que correspondan al *venturer* incumplido.

2.5. BENEFICIO COMÚN.

Al celebrar el *joint venture*, las partes buscan obtener un beneficio común. Dicho beneficio debe entenderse como un "resultado con valor económico",⁹⁷ que no significa, necesariamente, la obtención de utilidades ni, por lo tanto, de lucro.⁹⁸ Esto se debe a que el *joint venture*, aún cuando "es propicio para actividades con un interés patrimonial, deja lugar para cualquier forma de vinculaciones en que el lucro es consecuencia y no fin de la operación".⁹⁹ Ésta ha sido señalada como una diferencia con la *partnership*, como se señaló en el capítulo I de esta primera parte.

Sierralta señala que "el *joint venture* busca compartir un riesgo común, una tarea específica, realizar un proyecto común en que ambas partes son complementarias una a otra, pero no necesariamente hay un inmediato interés de lucro, aun cuando este se podrá derivar de esa tarea o riesgo común".¹⁰⁰

⁹⁷ SIERRALTA, *op. cit.*, pp. 52, 76.

⁹⁸ Cfr. SIERRALTA, *ib.*, p. 52.

⁹⁹ SIERRALTA, *ib.*, p. 52.

¹⁰⁰ SIERRALTA, *ib.*, p. 76.

2.5.1. Variedad de beneficios.

El beneficio perseguido por las partes puede ser muy variado. Abarca, desde el concepto *tradicional* de utilidades, hasta aspectos tales como la obtención o conservación de una posición en el mercado; la adquisición de tecnología; el aprovechamiento de la capacidad administrativa de una de las partes; el empleo de los canales de distribución y comercio de alguno de ellos; la capacidad *instalada* (de producción) del *venturer*, la imagen y prestigio de los *partners*; etcétera.

Algunos de los beneficios alcanzados son de difícil valuación y, aún cuando pueden ser estimados, su verdadero valor sólo se aprecia en función del costo que podría representar conseguirlos por otros medios, además del tiempo que tardarían para obtenerse y el riesgo (principalmente económico) que significaría.

En el caso del *joint venture* societario, las utilidades pueden mantenerse en reserva para reinvertirse o para capitalizarse, o bien, pueden decretarse dividendos sobre ellas, para distribuirse entre los *venturers*.¹⁰¹ También puede acudirse a una combinación de todas esas posibilidades.

2.5.2. La manera de retribuir.

La manera de retribuir las actividades de los socios puede adoptar varias formas. Al respecto, partiremos del estudio de Colaiacovo.¹⁰²

La retribución puede ser a través de la distribución de dividendos, el pago de honorarios por la prestación de servicios, contraprestaciones por la transferencia de tecnología, regalías u otros.¹⁰³

Los beneficios también pueden consistir en la obtención de una parte proporcional del bien obtenido por el *joint venture*, como el caso del *joint venture* de "operaciones extractivas como minería o petróleo".¹⁰⁴

¹⁰¹ Cfr. COLAIACOVO, *op. cit.*, p. 210.

¹⁰² Cfr. COLAIACOVO, *Ib.*, pp. 161, 210, 215.

¹⁰³ Cfr. COLAIACOVO, *Ib.*, p. 210.

¹⁰⁴ Cfr. COLAIACOVO, *Ib.*, p. 210.

La retribución que el *venturer* puede recibir por su contribución es muy diversa. La manera de percibirla depende de la naturaleza de la contribución.¹⁰⁵

El *management* se cobra a través de honorarios; el comercio y distribución se retribuye por medio de una comisión; el pago de las regalías por los derechos de propiedad industrial puede calcularse por un porcentaje del ingreso bruto o neto, o bien, una suma fija por cada bien producido o vendido. Todas éstas modalidades pueden combinarse con una participación en las utilidades del *joint venture*.¹⁰⁶

La participación en las utilidades puede significar una desventaja sobre las regalías o, en su caso, sobre los honorarios, dado que estos pueden comenzar a recibirse desde el inicio de las operaciones del *joint venture*, o inclusive antes, mientras que las utilidades no se generan sino hasta en tanto la empresa conjunta demuestre resultados positivos.¹⁰⁷

2.5.3. Políticas respecto a la distribución de utilidades.

En el contrato de *joint venture* deben quedar contempladas las políticas respecto a la distribución de utilidades o a los dividendos que regirán durante la vida del *joint venture*.

Algunos *joint venture agreement* disponen que la distribución será discrecional y se hará por el consejo de administración cuando considere oportuno. Otros acuerdos exigen una votación calificada para que la distribución de utilidades se efectúe.

En otros casos, las partes convienen de antemano que la distribución se hará hasta el monto que hubiere disponible en efectivo, después de establecer las reservas correspondientes. Este último aspecto se halla regulado en México, en los artículos 20 y 21 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, cuya parte que interesa dispone que...

¹⁰⁵ Cfr. COLAIACOVO, *lb.*, p. 215.

¹⁰⁶ Cfr. COLAIACOVO, *lb.*, p. 215.

De las utilidades netas de toda sociedad deberá separarse anualmente el cinco por ciento, como mínimo, para formar el fondo de reserva, hasta que importe la quinta parte del capital social.

El fondo de reserva deberá ser reconstituido de la misma manera cuando disminuya por cualquier motivo (artículo 20 LGSM).

Son nulos de pleno derecho los acuerdos de los administradores o de las juntas de socios y asambleas, que sean contrarios a lo que dispone el artículo anterior... (artículo 21 LGSM).

También suele pactarse en el contrato de *joint venture* que no se decretarán dividendos y que las utilidades serán reinvertidas, durante un determinado número de años, lo que acontece normalmente cuando se trata de actividades que las partes emprenderán desde un inicio. Como se señaló en un apartado anterior, este aspecto puede ser considerado como contribución de los *venturers*.

En el caso de que se haya pactado que algún *venturer* tenga derecho a percibir dividendos preferentes, las partes deben definir la manera como se pagarán dichos dividendos, por ejemplo: (1) si se pagarán sólo si hay suficiente dinero disponible en caja o (2) si se venderán bienes; (3) si se obtendrán préstamos o (4) se tomará otra clase de decisiones para pagar los dividendos.

2.5.4. La transferencia de fondos.

Tratándose del *joint venture* internacional, las partes pueden quedar sujetos a restricciones en relación con la transferencia de fondos al extranjero, desde el país receptor de la inversión, por lo que constituye un aspecto importante a considerar. Ello, desde luego, sin prejuzgar sobre la conveniencia o inconveniencia para el país receptor.

El Tratado de Libre Comercio de América del Norte,¹⁰⁷ celebrado entre Canadá, Estado Unidos de América y México establece el *principio de la libre*

¹⁰⁷ Cfr. COLAIACOVO, *Ib.*, p. 215.

¹⁰⁸ Entró en vigor el primero d enero de 1994.

transferencia del producto de la inversión en el artículo 1109 que se titula *Transferencias*, en los siguientes términos:

1. Cada una de las Partes permitirá que todas las transferencias relacionadas con la inversión de un inversionista de otra de las Partes en territorio de la Parte, se hagan libremente y sin demora. Dichas transferencias incluyen:

a) ganancias, dividendos, intereses, ganancias de capital, pagos por regalías, gastos por administración, asistencia técnica y otros cargos, ganancias en especie y otros montos derivados de la inversión;

b) productos derivados de la venta o liquidación, total o parcial, de la inversión;

c) pagos realizados conforme a un contrato del que sea parte un inversionista o su inversión, incluidos pagos efectuados conforme a un convenio de préstamo;

d) pagos efectuados de conformidad con el Artículo 1110; y

e) pagos que provengan de la aplicación de la Sección B.

2. En lo referente a las transacciones al contado (*spot*) de la divisa que vaya a transferirse, cada una de las Partes permitirá que las transferencias se realicen en divisas de libre uso al tipo de cambio vigente en el mercado en la fecha de la transferencia.

3. Ninguna de las Partes podrá exigir a sus inversionistas que efectúen transferencias de sus ingresos, ganancias, o utilidades u otros montos derivados de, o atribuibles a inversiones llevadas a cabo en territorio de otra Parte, ni los sancionará en caso de contravención.

4. No obstante lo dispuesto en los párrafos 1 y 2, las Partes podrán impedir la realización de transferencias, por medio de la aplicación equitativa, no discriminatoria y de buena fe de sus leyes en los siguientes casos:

a) quiebra, insolvencia o protección de los derechos de los acreedores;

b) emisión, comercio y operaciones de valores;

c) infracciones penales;

d) informes de transferencias de divisas u otros instrumentos monetarios; o

e) garantía de cumplimiento de fallos en procedimientos contenciosos.

5. El párrafo 3 no se interpretará como un impedimento para que una Parte, a través de la aplicación de sus leyes de manera equitativa, no discriminatoria y de

buena fe, imponga cualquier medida relacionada con los incisos (a) a (e) del párrafo 4.

6. No obstante lo dispuesto en el párrafo 1, una Parte podrá restringir las transferencias de ganancias en especie, en circunstancias en donde pudiera, de otra manera, restringir dichas transferencias conforme a lo dispuesto en este Tratado, incluyendo lo señalado en el párrafo 4.

2.5.5. Riesgo por fluctuaciones en el tipo de cambio.

Debe tenerse presente que en el *joint venture* internacional existe un riesgo por las fluctuaciones en el tipo de cambio de una determinada moneda extranjera, que podría impactar en las contribuciones de capital y en la distribución de utilidades o de los dividendos, especialmente.¹⁰⁹

Sobre el punto, la segunda parte del artículo 2389 del Código Civil Federal, al referirse al mutuo, señala que "si se pacta que el pago debe hacerse en moneda extranjera, la alteración que ésta experimente en valor, será en daño o beneficio del mutuuario".

Una manera como podría quedar previsto el referido aspecto en el *joint venture agreement*, cuando el monto de las aportaciones o de los dividendos ha quedado referido en la moneda del lugar, consiste en fijar parámetros máximos y mínimos respecto de la variación del valor de la divisa, de tal manera que, una parte asumirá el riesgo de la fluctuación si el valor excede el parámetro mayor, y la otra parte lo soportará, si desciende del límite inferior.

2.5.6. Participación en las pérdidas.

En el *joint venture*, los socios comparten, por lo general, las ganancias y las pérdidas, en proporción a su contribución.¹¹⁰

La participación en las pérdidas, sin embargo, no es un elemento característico del *joint venture*, puesto que puede pactarse que una de las partes o

¹⁰⁹ Cfr. HARROCH, *op. cit.*, pp. 7-62, 7-63.

¹¹⁰ Cfr. COLAIACOVO, *op. cit.*, p. 161.

un grupo de ellas, no las sufran,¹¹¹ o bien, respondan por éstas de manera limitada, por lo común, al monto de su participación o en proporciones distintas a ésta. De acuerdo con Marzorati, esa posibilidad es una de las características que distinguen al *joint venture* de cualquier forma societaria.¹¹²

El contrato de sociedad tiene como motivo o fin, la participación de las partes en los beneficios y en las pérdidas. Tratándose de los beneficios, la cláusula que prive a cualquiera de los socios de los beneficios, atenta contra el citado fin, por lo que hace desaparecer la comunidad de intereses que caracteriza a esa clase de contratos.¹¹³

El artículo 17 de la Ley General de Sociedades Mercantiles niega eficacia a ese tipo de cláusulas, que se conocen como *cláusulas leoninas*. Ese artículo dispone que "no producirán ningún efecto legal las estipulaciones que excluyan a uno o más socios de la participación en las ganancias".

La citada disposición omite hacer referencia a las pérdidas. Rodríguez estima que la cláusula que excluya a alguno de los socios de sufrir pérdidas debe recibir trato similar que la cláusula leonina, en atención a que "un socio que no tenga participación en las pérdidas, es un socio que deja de estar interesado en el fin común, que es la base esencial de la sociedad".¹¹⁴ El mencionado autor agrega que...

Jamás ha considerado el derecho mexicano la posibilidad de que uno o varios socios dejen de participar en los resultados comunes de la empresa, sean venturosos o adversos; por eso, cuando se trata de establecer un régimen legal para su distribución, considera que todos los socios participarán en las pérdidas en la misma proporción en que podrían hacerlo en los beneficios, cuando haya.¹¹⁵

¹¹¹ Cfr. MARZORATI, *op. cit.*, pp. 76, 85. MARTORELL, *op. cit.*, p. 259. SIERRALTA, *op. cit.*, p. 77.

¹¹² Cfr. MARZORATI, *ib.*, p. 85.

¹¹³ Cfr. RODRÍGUEZ, *op. cit.*, pp. 48-49.

¹¹⁴ RODRÍGUEZ, *ib.*, p. 51. Sin embargo, Mantilla sostiene que ese tipo de cláusulas son válidas (Cfr. MANTILLA Molina, *Tratado...*, p. 50).

¹¹⁵ RODRÍGUEZ, *ib.*, p. 51.

En las sociedades personalistas, el socio industrial queda excluido de resentir las pérdidas.¹¹⁶ El alcance de esa disposición ha de entenderse aplicable a cosas distintas del trabajo del socio, quien sufre esa pérdida al quedar sin retribución. "Lo que sucede es que como él no ha contribuido a la formación del capital, mediante aportes materiales, no sufre pérdidas en cuanto a los mismos, y por cualquier valor que exceda de lo que su aportación en trabajo podía representar".¹¹⁷

En el *joint venture*, como se precisó, puede convenirse que alguna de las partes quede excluida de sufrir las pérdidas. En principio, cuando se trate de contribuciones de hacer o de no hacer, podría aplicarse al *joint venture* el argumento a que se refiere el párrafo que antecede, caso en el que el *venturer* que se beneficiara de la señalada exclusión, sólo resentiría la pérdida de lo que representara su contribución. Consideramos que sólo en esos supuestos cabría hablar de *exclusión en las pérdidas*.

Este aspecto de la exclusión en las pérdidas se relaciona estrechamente con la responsabilidad ilimitada de los *partners*, otro elemento del *joint venture* que será tratado más adelante, con el cuál parece contradecirse. La interrogante cuya respuesta dejamos para ese lugar es: ¿Cómo subsisten la exclusión en las pérdidas y la responsabilidad ilimitada de los *venturers*?

2.6. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA E ILIMITADA.

La doctrina estadounidense y europea ha sido uniforme en destacar la *responsabilidad solidaria e ilimitada* de los *venturers*, dado que se trata de una característica del *joint venture* que se deriva de la *partnership*.¹¹⁸

Para comprender el porqué de dicha responsabilidad, habremos de acudir a las normas que sobre el punto rigen a la *partnership*, en virtud de que las mismas se aplican al *joint venture*, como lo dejamos asentado en apartado anterior.

¹¹⁶ Artículo 16 fracción III de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

¹¹⁷ Cfr. RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p. 52.

¹¹⁸ Cfr. SIERRALTA, *op. cit.*, p. 79.

La característica más distintiva de la *general partnership* es la *responsabilidad personal ilimitada* de cada *partner* por todas las obligaciones del negocio.¹¹⁹ La Sección 306 (a) RUPA (1997) establece que "todos los socios son responsables en forma conjunta y solidaria por todas las obligaciones de la *partnership*".¹²⁰

La actuación de uno de los *partners* puede vincular a la *partnership* con los terceros con los que contrata, debido a que en la *partnership* rigen los principios de la *agency*, que es una figura similar a la *representación* que analizamos en el siguiente apartado. Al quedar obligada la *partnership*, los demás *partners* devienen responsables por tal obligación. El límite de la referida responsabilidad lo constituye el objeto del negocio de la *partnership*, por lo que la actuación que exceda al citado objeto no será vinculatoria para los demás *partners*.

El principio de responsabilidad de todos los *partners* ha estado presente en el desarrollo de la *partnership*; a ésta se le consideró como una agregación de personas hasta antes de la RUPA (1994), como ha quedado señalado. El señalado principio surgió al considerarse que el tercero que contrataba con uno de los *partners* no sólo tomaba en cuenta el crédito de éste, sino también el de los demás *partners* que se hallaban vinculados con aquél.¹²¹

De ese principio derivó la presunción de que los *partners* se otorgaban, de manera expresa o tácita, un poder recíproco para actuar en representación del otro, para los fines del negocio común,¹²² con dos limitaciones importantes: primero, sólo alcanzaba a los actos realizados para la gestión común;¹²³ segundo, un *partner* no obligaba "a los otros *partners* si el tercero con quien contrató no sabía que él era un *partner* o, aun sabiendo que lo era, sabía que no tenía autorización para el acto".¹²⁴

¹¹⁹ Cfr. HARROC, op. cit., p. 2-25.

¹²⁰ Except as otherwise provided in subsections (b) and (c), all partners are liable jointly and severally for all obligations of the partnership unless otherwise agreed by the claimant or provided by law (Sección 306 (a) RUPA (1997)).

¹²¹ LE PERA, op. cit., p. 30.

¹²² LE PERA, *ib.*, p. 30.

¹²³ Cfr. LE PERA, *ib.*, p. 32.

¹²⁴ LE PERA, *ib.*, p. 32.

Al adoptarse la *teoría del ente* respecto de la *partnership*, los *partners* tienen más el carácter de garantes, que de obligados principales por cada deuda de la *partnership*.¹²⁵

La responsabilidad de los *partners* es, además, subsidiaria.¹²⁶ La Sección 307 (d) RUPA (1997) requiere que primero se agoten los bienes de la *partnership* antes de proceder a la ejecución sobre los bienes de los *partners*.¹²⁷ De esta manera, los bienes de la *partnership* garantizan en primera instancia a los acreedores; en el caso en que dichos bienes fueran insuficientes para cubrir las deudas, el patrimonio de cada *partner* puede ser afectado por los terceros.¹²⁸

No obstante, el acreedor puede proceder directamente en contra del patrimonio de los *partners* si (1) la *partnership* está en quiebra; (2) el *partner* lo ha consentido; o (3) la responsabilidad se le impone al *partner* independientemente de la *partnership*.¹²⁹

La Corte también podría autorizar la ejecución sobre los bienes de los *partners* en el caso de que (a) los bienes de la *partnership* fueran claramente insuficientes; (b) el agotamiento de los bienes de la *partnership* fuera excesivamente pesado; o (c) resultara en cierta manera equitativo hacerlo así.¹³⁰

Tratándose de las relaciones con terceros, la *responsabilidad personal ilimitada* de los *partners* no puede modificarse o limitarse por acuerdo de los *partners*,¹³¹ por lo que el convenio celebrado entre los *partners*, por el cual limitan o excluyen a alguno de ellos de la responsabilidad, sólo rige entre las partes y no perjudica a terceros, quienes pueden reclamar el total de la responsabilidad a cualquiera de los *partners*.

Los *partners* tienen, sin embargo, el derecho a ser indemnizados por la *partnership*, por la responsabilidad que hubieren adquirido en el curso ordinario de

¹²⁵ Véase el comentario oficial a la Sección 307 (d) RUPA (1997).

¹²⁶ Sección 307 (d) RUPA (1997). Cfr. DOBSON, *op. cit.*, p. 305.

¹²⁷ Véase el comentario oficial a la Sección 306 (a) y 307 (d) RUPA (1997).

¹²⁸ Véase el comentario oficial a la Sección 307 (d) RUPA (1997).

¹²⁹ *Ibidem*.

¹³⁰ *Ibidem*.

¹³¹ Cfr. HARROCH, *op. cit.*, pp. 2-25, 2-26.

las operaciones del negocio o por la preservación de la empresa misma o de los bienes de la *partnership*, conforme a la Sección 401 (c) RUPA (1997).¹³² La indemnización es una obligación de la *partnership*,¹³³ que puede originar una pérdida respecto de la cual los *partners* deben contribuir. El *partner* que ha adquirido la responsabilidad puede dirigirse directamente en contra de la *partnership* o a los demás *partners*,¹³⁴ en los términos de la Sección 405 (b) RUPA (1997), en el ejercicio de un derecho similar al de *repetición*. De esta manera, los otros *partners* deben satisfacer una parte en proporción a su participación, siempre que no hayan quedado limitados o excluidos de las pérdidas.

En el Derecho mexicano, la responsabilidad ilimitada y solidaria de los socios la encontramos, en el orden mercantil, en la *sociedad en nombre colectivo*, en la que responden de manera subsidiaria, según el artículo 25 LGSM. En la materia civil, tratándose de la *sociedad civil*, sólo los socios que administran tienen esa clase de responsabilidad; los demás socios responden, salvo pacto contrario, con su aportación, tal como lo dispone el artículo 2704 CCF. En ese sentido, en la primera clase de *sociedad* rige, de inicio, un *sistema de responsabilidad* parecido al de la *partnership*, en tanto que en la *sociedad civil* sólo se presentará cuando todos los socios administren.

2.7. AGENCY O REPRESENTACIÓN.

Un elemento del *joint venture* que tiene estrecha relación con la *responsabilidad personal ilimitada* de los *venturers* es la *agency* o *representación*, elemento que proviene de la normativa aplicable a la *partnership*. En ésta, de conformidad con la Sección 301 RUPA (1997), cada *partner* es, para los fines del negocio, un *agente* de la *partnership*, a la que obligan por sus actos, a menos que

¹³² También tienen derecho a que la *partnership* les reembolse lo que hubieren pagado los *partners*.

¹³³ La obligación proviene, en tales casos, de la Sección 18 (b) UPA.

¹³⁴ Aun cuando el derecho a la indemnización es exigible regularmente en el momento de la rendición de cuentas entre los socios al disolverse y liquidarse la *partnership*, el derecho puede ejercitarse cuando se adquiere la responsabilidad, lo que permite exigirla

el *partner* que actúa carezca de autoridad para hacerlo por la *partnership* y el tercero con quien contrata conozca esa circunstancia.¹³⁵

En México, todos los socios en una *sociedad en nombre colectivo* (artículo 40 LGSM) y en una *sociedad civil* (artículo 2719 CCF) tienen derecho a concurrir en la administración de la sociedad, cuando se hubiere omitido la designación de los administradores, pero sólo podrá cada uno de ellos practicar separadamente los actos de administración, siempre que se haya acordado que lo realicen de manera indistinta, lo que origina que el señalado aspecto sea un tanto diferente a lo que ocurre en la *partnership*.

La *teoría de la agregación* de personas que explicó las relaciones en la *partnership* hasta la RUPA (1994) también atribuía a los *partners* el carácter de *agentes* de la *partnership*, tal como se estableció en el artículo 9 (1) UPA. La mencionada teoría se apoyaba en el concepto de la *agencia mutua* para imputar *responsabilidad personal ilimitada* a todos los *partners*. Se consideraba que éstos se conferían *representación recíproca* en función del negocio común, por lo que cada uno de los *partners* tenía la facultad de obligar a los otros y sujetarlos a responsabilidad personal frente a terceros, en cuestiones que fueran razonablemente necesarias para llevar adelante el negocio.¹³⁶

La doctrina no admitía, de manera uniforme, la *agencia mutua* como rasgo característico del *joint venture*. Al analizar algunas decisiones de los tribunales estadounidenses en las que se tomó una decisión contraria,¹³⁷ Le Pera concluye que "en el *joint venture* el principio de *mutual agency* parece sujeto a importantes restricciones".¹³⁸ Por su parte, Nichols niega que el elemento de la *agencia mutua*

durante el término de la *partnership* (véase el comentario oficial al artículo 401 (c) RUPA (1997)).

¹³⁵ La Sección 301 RUPA (1987) dispone: "Each partner is an agent of the partnership for the purpose of its business. An act of a partner, including the execution of an instrument in the partnership name, for apparently carrying on in the ordinary course the partnership business or business of the kind carried on by the partnership binds the partnership, unless the partner had no authority to act for the partnership in the particular matter and the person with whom the partner was dealing knew or had received a notification that the partner lacked authority". La disposición es similar al artículo 9 (1) UPA.

¹³⁶ Rae v. Cameron, 114 2d 1060, citado por LE PERA, *op. cit.*, p. 76.

¹³⁷ Wren v. Moskin, 235 N.Y.S. 405, citado por LE PERA, *ib.*, p. 76.

¹³⁸ LE PERA, *op. cit.*, p. 76.

existiera en el *joint venture*, lo que lo distinguía de la *partnership*,¹³⁹ según afirma. Por nuestra parte consideramos que la *representación recíproca* caracterizó al *joint venture* en el Derecho estadounidense.

Al considerarse la *partnership* como *ente*, la atribución de responsabilidad personal e ilimitada a los socios sigue un camino diferente: al quedar vinculada la *partnership* por la actuación de uno de los *partners*, los demás *partners* devienen responsables, a la vez. De esta manera, "la conducta de un solo *partner* sujeta a los otros *partners* a responsabilidad personal con terceras partes".¹⁴⁰

Al considerar a los *partners* como *agents* de la *partnership*, la referida disposición determina, en esencia, la aplicación de los principios de la *agency* a las relaciones de la *partnership* con terceros. Por ello, habremos de analizar esa figura, aún cuando sea someramente. Con ese propósito, sustentaremos nuestros comentarios en las opiniones de Kleinberger.¹⁴¹

Debemos aclarar, antes de proceder, que el análisis de todas la cuestiones que giran en torno a la aplicación de los principios de la *agency* en la *partnership* excede los alcances del estudio que nos hemos propuesto, por lo que sólo nos referiremos al citado aspecto en términos generales.

La *agency* es la relación que se basa en la confianza, que resulta de la manifestación de voluntad que una persona denominada principal realiza para que otra, llamada agente, actúe en su nombre y bajo su control, con el consentimiento de ésta última para actuar así. Esta definición la proporciona la sección 1 del *Restatement (Second) of Agency* (1958).¹⁴²

¹³⁹ Cfr. NICHOLS, *Joint Ventures*, Virginia Law Review, may 1950, p. 447, citado por MARZORATI, *op. cit.*, p. 77.

¹⁴⁰ *The actions of a single partner can bind the other partners to personal liability to third parties* (SELIGAN Joel, *Corporations. Cases and Materials*, Little, Brown and Company, segunda impresión, United States of America 1995, p. 54).

¹⁴¹ KLEINBERGER Daniel S., *Agency and Partnership*, Aspen Publishers, cuarta edición, United States of America 1995.

¹⁴² *Agency is the fiduciary relation which results from the manifestation of consent by one person to another that the other shall act on his behalf and subject to his control, and consent by the other so to act.*

"Los *Restatement of the Law* son publicados por el *American Law Institute*, una entidad privada formada por profesores, jueces y abogados constituida en 1930, con el fin de compilar las leyes. Existen así compilaciones sobre todas las ramas del derecho, en las que los fallos judiciales se explican en normas jurídicas... A pesar de no ser leyes, se los

De la señalada definición podría pensarse que la *agency* corresponde a la figura de la representación, sin embargo, entre ambas existen diferencias que Dobson¹⁴³ ha resaltado; aún cuando tienen semejanzas, son distantes en algunos puntos, por lo que es incorrecto atribuir a la *agency* el mismo significado que le corresponde a la representación en nuestro derecho. Por esa razón, siguiendo la recomendación del citado autor, traduciremos *agency* como *agencia* y no como *representación*.

En principio, la agencia es un término más amplio que la representación. Dobson aclara que aquella...

abarca todos los actos mediante los cuales una persona encomienda a otra realizar determinada actividad, sea ésta material o física, consistente en actos jurídicos o no, incluyendo así dentro del concepto, entre otras ideas, la del desempeño de los empleados... También incluye... los actos realizados por las sociedades que se desempeñan en beneficio de una persona (*corporate officers*).¹⁴⁴

Señala Dobson que la "agencia nace cuando una persona manifiesta su intención de hacer realizar actos por medio de otra persona y la otra consiente en así representarla".¹⁴⁵ Como lo sostiene Kleinberger, esa voluntad recíproca habrá de ser en el entendido de que el principal tiene el control de la relación.

La existencia de la voluntad recíproca se determina por su manifestación externa u objetiva, es decir, a través de la conducta de las partes y no sólo las palabras, por lo que se rechaza el aspecto interno o subjetivo de la voluntad.

La consecuencia más importante de la agencia es el poder del agente de vincular al principal con terceros y viceversa. En el caso de la *partnership*, ésta sería considerada como *principal*, en las relaciones realizadas por los partners, que son sus *agentes*.

cita habitualmente en los fallos como si lo fueran... " (HAY Peter, *An Introduction to U.S. Law*, 1976, North, Amsterdam, p. 10, citado por DOBSON, *op. cit.*, p. 182).

¹⁴³ Cfr. DOBSON, *op. cit.*, pp. 183-184.

¹⁴⁴ DOBSON, *ib.*, p. 186.

¹⁴⁵ DOBSON, *ib.*, p. 186.

El poder se define por el *Restatement* como "la facultad... de producir un cambio en una relación legal dada (entre el principal y los terceros) mediante un determinado acto u omisión". El hecho de que el agente tenga el poder de vincular al principal implica que la conducta del agente se atribuya al principal, lo que constituye una aplicación de la máxima que reza: *Qui facit per alium facit per se*.

El poder de vincular debe distinguirse del derecho a vincular al principal. Éste sólo se tiene en la medida de la autorización que el principal haya otorgado al agente para actuar. Por el sólo hecho de que el agente tenga el derecho a vincular al principal con terceros, tiene también el poder para hacerlo. Sin embargo, el agente puede tener el poder sin tener el derecho.

De acuerdo con Kleinberger, el poder del agente para vincular al principal puede obtenerse a través de los siguientes medios: (1) Por tener la *autoridad actual* o (2) la *autoridad aparente* u ostensible; (3) mediante el denominado *poder inherente* de la *agency*; (4) por la aplicación del *estoppel* y, por último, (5) por la ratificación. Sólo interesan para nuestro estudio los dos primeros, por relacionarse directamente con la *partnership*.

2.7.1. Autorización actual.

Con palabras de Seligan, "*Authority is a second significant building block initially developed by agency law*".¹⁴⁶ La autorización del principal crea en el agente la *autoridad actual*; de esa manera, el agente tiene el poder de vincular al principal a través de cualquier acto u omisión efectuados dentro de los límites de la *autoridad actual* conferida.

El artículo 26 del *Restatement* señala que la "autorización para realizar un acto puede crearse por palabras escritas o habladas u otra conducta del principal que, razonablemente interpretada, origine que el agente crea que el principal así quiere que actúe por su cuenta."

¹⁴⁶ SELIGAN, *op. cit.*, p. 33. "Autorización es el segundo bloque significativo inicialmente desarrollado por el derecho que regula la agencia".

La autoridad actual puede ser expresa o implícita. La primera es aquella que ha sido conferida expresamente por el principal por cualquier medio. La autoridad implícita se refiere a la "autoridad para realizar actos que son incidentales a la transacción cuya conducción le fue autorizada o que son razonablemente necesarios para lograrla".¹⁴⁷

2.7.2. Autorización aparente.

El término *autoridad aparente* se refiere al poder para vincular al principal que se deriva de la apariencia originada por la conducta del propio principal, que *razonablemente interpretada*, origine la creencia de que el agente tiene autoridad legítima. No se trata, en éste caso, del *derecho a vincular* al principal, sino sólo al *poder* para hacerlo. Con la aplicación de ese criterio se protege a los terceros que son engañados por la referida apariencia.¹⁴⁸

La apariencia debe producirse por alguna *manifestación* del principal, aún cuando sea insignificante; esa manifestación habrá de constituir la base de la creencia del tercero. Esta figura no se presenta en los casos en los que el principal no ha sido revelado o ha sido revelado parcialmente, puesto que en esos casos no sería posible concebir la *manifestación* que se requiere.

Dicha manifestación puede realizarse (1) a través de intermediario, (2) por la posición que ocupa el agente en el negocio, (3) por la conformidad del principal y (4) por permanecer pasivo ante la conducta del agente aparente.

Este aspecto es trascendente en tratándose del *joint venture* en razón de que, si la conducta de una persona hace creer a los terceros con quien contrata, que se halla vinculada con otra persona en una relación de ese tipo, aún cuando no fuere así, devendrá obligada por la actuación de quien, para esos efectos, se considerará como su agente.

¹⁴⁷ Artículo 35 del *Restatement (Second) of the Agency*.

¹⁴⁸ Apparent authority to do an act is created as to a third person by written or spoken words or any other conduct of the principal which, reasonably interpreted, causes the third

2.8. GESTIÓN COMÚN.

Garrigues¹⁴⁹ define la gestión como...

el conjunto de derechos y obligaciones que median entre los socios para la dirección de los negocios sociales. Actos de gestión son todos los actos relativos al manejo de los negocios comunes, en tanto en cuanto implican relación de los socios entre sí. La gestión comprende, pues, la realización no sólo de actos jurídicos, sino de operaciones puramente materiales.

La gestión común es otro de los elementos del *joint venture* que se derivan de la *partnership*. Para su estudio, habremos de tomar el análisis que efectúa Harroch.¹⁵⁰

En la *partnership*, cada *partner* tiene igual derecho que los demás para compartir la administración del negocio de la *partnership*, salvo que acuerden otra cosa. La Sección 401 (f) RUPA (1997) establece: "Cada socio tiene igual derecho en la administración y conducción del negocio de la sociedad".¹⁵¹ La disposición es similar al artículo 18 (e) UPA. Por ello se dice que la *partnership* tiene una estructura descentralizada de administración, a diferencia de la *corporation*, que es centralizada.

La legislación no exige una estructura de administración y control específica, por lo que las partes pueden pactar la forma que responda a las necesidades del negocio, que debe quedar definida en el contrato.

La forma que puede adoptar la administración de la *partnership* presenta una variada gama *casi infinita* de posibilidades. La administración puede quedar centralizada en un comité, o corresponder a uno o más socios administradores, por ejemplo.

person to beleived that the principal consents to have the act done on his behalf by the person purporting to act for him. Artículo 27 del *Restatement*.

¹⁴⁹ GARRIGUES Joaquín, Curso de Derecho Mercantil, tomo I, Porrúa, segunda reimpresión, México 1987, p. 365.

¹⁵⁰ Cfr. HARROCH, *op. cit.*, pp. 2-26 a 2-27.

Las decisiones de la *partnership* deben tomarse conjuntamente por los *partners*. Los asuntos ordinarios pueden decidirse por mayoría. En cambio, un acto que exceda los límites del acuerdo de la *partnership* requiere el consentimiento unánime y, para algunos asuntos de importancia, las partes acuerdan, normalmente, porcentajes específicos.

Sierralta señala que la gestión común en el *joint venture* es la recíproca facultad que tienen las partes para dirigir el negocio,¹⁵² es decir, la posibilidad de que las partes actúen directamente en la gestión de la operación.¹⁵³ Agrega el citado autor que no se requiere el permiso de uno o de otro; basta que su gestión esté orientada a conseguir lo delineado en el acuerdo base.¹⁵⁴

La gestión común se sustenta en la responsabilidad solidaria e ilimitada que asumen las partes frente a terceros, la cual hemos analizado en párrafos precedentes,¹⁵⁵ conceptos ambos que se encuentran íntimamente ligados, pues se trata de elementos consustanciales.¹⁵⁶

El límite de ésta facultad lo constituye lo que es razonablemente necesario para llevar adelante el negocio, así como las restricciones que pudiera tener la representación conferida para contratar con terceros.¹⁵⁷

2.9. CONTROL CONJUNTO.

En el *joint venture* las partes tienen derecho a ejercer, en común, el control del negocio. Un *venturer* "debe tener alguna forma de control y dirección sobre el proyecto, aunque delegue el ejercicio de ese control en los demás partícipes".¹⁵⁸

¹⁵¹ Each partners has equal rights in the management and conduct of the partnership business.

¹⁵² Cfr. SIERRALTA, *op. cit.*, p. 74.

¹⁵³ Cfr. SIERRALTA, *ib.*, pp. 56-57.

¹⁵⁴ Cfr. SIERRALTA, *ib.*, pp. 56-57.

¹⁵⁵ Cfr. SIERRALTA, *ib.*, p. 57.

¹⁵⁶ Cfr. SIERRALTA, *ib.*, p. 80.

¹⁵⁷ Cfr. SIERRALTA, *ib.*, p. 74.

¹⁵⁸ LE PERA, *op. cit.*, p. 76.

El control conjunto es un rasgo que se deriva del derecho de las partes a participar en la gestión del propio negocio, dado que la dirección de los asuntos implica la facultad de controlar las operaciones del *joint venture*.¹⁵⁹

Una característica clave de la *partnership* es la copropiedad (*co-ownership*) sobre el negocio en el que participan los socios.¹⁶⁰ Ello significa que cada uno de los *partners* es condueño del negocio, lo que les confiere la facultad de ejercer el control de éste.

Como habrá de recordarse, la definición que la Sección 202 (a) RUPA (1997)¹⁶¹ establece de la *partnership* incluye el vocablo *co-owners* (condueños) para referirse al *status* de los *partners* en relación con el negocio.

Como lo afirma Seligan,¹⁶² el comentario oficial al artículo 6 (1) UPA (que es similar a la Sección 202 (a) RUPA (1997) señala que "Establecer que los *partners* son *co-owners* (condueños) del negocio es establecer que cada uno de ellos tiene el poder de control último". El referido comentario lo explica así:

La definición señala que los asociados son "copropietarios" del negocio. Esto distingue a una *partnership* de una agencia —una asociación del principal y el agente—. Un negocio es una serie de actos dirigidos hacia un fin. Propiedad implica el poder de control último. Establecer que los socios son copropietarios de un negocio es establecer que cada uno de ellos tienen el poder de control último.¹⁶³

El elemento que se analiza se presenta, asimismo, por la responsabilidad personal ilimitada que asumen las partes en el emprendimiento, dado que éstas han de mantener —con palabras de Sierralta— "el control de la operación... el error

¹⁵⁹ Cfr. SIERRALTA, *op. cit.*, p. 75.

¹⁶⁰ Cfr. KLEINBERGER, *op. cit.*, p. 208.

¹⁶¹ Vide *supra* nota de pie de página número 8, del capítulo primero de esta primera parte.

¹⁶² SELIGAN, *op. cit.*, p. 42. Comentario oficial al artículo 6 UPA.

¹⁶³ The definition asserts that the associates are "co-owners" of the business. This distinguishes a partnership from an agency —an association of principal and agent. A business is a series of acts directed toward an end. Ownership involves the power of ultimate control. To state that partners are co-owners of a business is to state that they each have the power of ultimate control.

de una de las partes no sólo acarrearía un desequilibrio en el negocio sino también responsabilidad frente a terceros".¹⁶⁴

En el *joint venture*, cada una de las partes puede tener, cuando menos, el control sobre una parte de la empresa conjunta, a través de la actividad que le corresponde realizar dentro del citado emprendimiento.

Tratándose del *joint venture* societario, el control puede ejercerse no sólo por medio de la tenencia de la mayoría accionaria y el ejercicio, por lo tanto, del derecho de voto, sino a través de otras formas diversas.¹⁶⁵

De acuerdo con Killing,¹⁶⁶ existen tres grandes formas de controlar las operaciones de un *joint venture*, aún sin tener la mayoría en el capital:

La primera consiste en celebrar determinados acuerdos que pueden ser: (1) acuerdos de socios (*shareholders agreement*), (2) acuerdos que establecen las bases del emprendimiento conjunto y, (3) acuerdos celebrados entre una de las partes y el *joint venture*¹⁶⁷ sobre diversos aspectos tales como: tecnología, comercio internacional, procesos de producción, etcétera.

El segundo se refiere a los acuerdos celebrados entre las partes para el nombramiento de cierto personal directivo y técnico, principalmente aquellos que ocupen lugares estratégicos en el emprendimiento.

Por último, el establecimiento de algunos mecanismos que permitan influir en las decisiones del negocio, tales como rendición de informes diversos, revisión de actividades, auditorías internas y externas, etcétera.¹⁶⁸

¹⁶⁴ SIERRALTA, *op. cit.*, p. 75.

¹⁶⁵ Cfr. COLAIACOVO, *op. cit.*, pp. 204-211.

¹⁶⁶ Cfr. KILLING, citado por COLAIACOVO, *ib.*, p. 212.

¹⁶⁷ El *joint venture* carece, en sí mismo, de personalidad jurídica. Sin embargo, su tratamiento en el derecho estadounidense se acerca al de una persona jurídica, sin serlo, tal como acontece con la *partnership*, cuyas disposiciones se aplican. Debemos recordar que en el *joint venture* societario la sociedad que se emplea para su ejecución tiene personalidad jurídica.

¹⁶⁸ Cfr. KILLING, citado por COLAIACOVO, *op. cit.*, pp. 213-214.

2.10. PATRIMONIO.

Desde la modificación a la *Revised Uniform Partnership Act* en 1994 se confirió a la *partnership* el carácter de un ente distinto de los socios, con patrimonio propio. De conformidad con la Sección 203 RUPA (1997), los bienes adquiridos por la *partnership* son propiedad de ésta y no de los socios individualmente.

La *partnership* se consideraba, hasta antes de la referida modificación, como una *agregación de personas*, por lo que carecía de personalidad jurídica. No obstante, la *partnership* podía ser, también, titular de bienes, lo que la acercaba a una persona jurídica. El punto es trascendente, por tratarse de una forma de abordar el aspecto patrimonial de una relación asociativa a la que se le negaba personalidad.

Una de las consecuencias que derivaba de la *teoría de la agregación* es que, en relación con los *partners*, los bienes se hallaban sujetos al régimen del condominio,¹⁶⁹ es decir, de la copropiedad.

El artículo 24 UPA contemplaba la separación entre el *patrimonio de los socios* y el *patrimonio de la partnership*.¹⁷⁰ Se trataba de un régimen particular de propiedad que se denominaba como *tenancy in partnership*,¹⁷¹ que era un tipo especial de condominio (copropiedad) con separación patrimonial,¹⁷² cuya particularidad residía en que el dominio que el socio tenía sobre los bienes se hallaba afectado a los fines sociales.¹⁷³

El principal efecto de la separación patrimonial de los bienes en la *partnership* se manifestaba en que tales bienes sólo respondían de las *obligaciones de la partnership*, por lo que los acreedores particulares de los *partners* se encontraban imposibilitados para afectar el derecho que tenían éstos

¹⁶⁹ DOBSON, *op. cit.*, pp. 301-302. En el mismo sentido: HARROCH, *op. cit.*, pp. 2-20 a 2-21.

¹⁷⁰ DOBSON, *ib.*, p. 305.

¹⁷¹ Cfr. LE PERA, *op. cit.*, p. 61.

¹⁷² Cfr. LE PERA, *ib.*, p. 61.

¹⁷³ Cfr. DOBSON, *op. cit.*, p. 305.

sobre un bien común.¹⁷⁴ Bajo este principio, los bienes comunes quedaban también excluidos de las obligaciones alimentarias y de familia de cualquiera de los *partners*.¹⁷⁵

De acuerdo con Le Pera,¹⁷⁶ otras características de éste régimen patrimonial eran las siguientes:

- El derecho de un *partner* sobre un bien común sólo podía transmitirse si los demás *partners* transmitían también su propio derecho.

- Cuando uno de los *partners* fallecía, su derecho no se transmitía a sus herederos ni a su cónyuge, sino que pasaba a sus otros *partners* (artículo 25 UPA).

- Todos los *partners* tenían igual derecho de poseer los bienes comunes, exclusivamente para los fines de la *partnership*.¹⁷⁷

Esos aspectos se omitieron en la RUPA (1997) por ser innecesarios¹⁷⁸ al considerarse a la *partnership* como *ente*. En la RUPA (1997) ya no se considera a los socios como copropietarios de los bienes de la *partnership*, ni se les otorga ningún interés sobre los mismos (Sección 501 RUPA (1997), con lo que se deroga el concepto de *tenancy in partnership*, lo que es un reflejo de la adopción de la *teoría de la entidad*, según el comentario oficial a la citada sección. Para determinar qué bienes son propiedad de la *partnership*, se acude a las reglas previstas en la Sección 204 RUPA (1997), según las cuáles:

(a) Los bienes pertenecen a la *partnership* si se adquieren (1) en el nombre de ésta; o (2) en el nombre de uno o más socios, con la indicación en el título de propiedad, de su carácter de socios o de la existencia de una *partnership*, pero sin la indicación del nombre de la *partnership*

¹⁷⁴ Cfr. LE PERA, *op. cit.*, p. 61.

¹⁷⁵ Cfr. LE PERA, *ib.*, pp. 61, 62. Los acreedores de los socios no pueden embargar los bienes de la sociedad. A los acreedores de la sociedad les corresponde un privilegio sobre los bienes de la sociedad, por encima de los acreedores particulares de los socios en la liquidación del patrimonio social (UPA secc. 40 (h) (1), 36 (4)) (DOBSON, *op. cit.*, p. 305).

¹⁷⁶ Cfr. LE PERA, *ib.*, pp. 61-62. Consúltase también a DOBSON, *op. cit.*, p. 305.

¹⁷⁷ Este derecho se reproduce en la Sección 401 (g) RUPA (1997).

¹⁷⁸ Véase el comentario oficial a la Sección 203 RUPA (1997).

(b) Los bienes se adquieren en el nombre de una *partnership* si se transfieren (1) a la *partnership* en su nombre; o (2) a uno o más socios en su carácter de tales en la *partnership*, si el nombre de la *partnership* se indica en el título de propiedad.

(c) Los bienes se presumen propiedad de la *partnership* si se compran con bienes de la *partnership*, aún si no fueron adquiridos en el nombre de la *partnership* o en el nombre de uno o más socios con la indicación de su carácter de socios o de la existencia de la *partnership* en el título de propiedad.

(d) Los bienes adquiridos en el nombre de uno o más socios, sin la indicación de su carácter de socio o de la existencia de la *partnership* en el título de propiedad y sin utilizar bienes de la *partnership*, tales como fondos o crédito, se presume que están separados de la *partnership*, aún cuando se usen para los fines de ésta. En este caso se presupone que sólo se aporta a la *partnership* el uso de tales bienes.¹⁷⁹

Los *partners* tienen un interés en la *partnership*,¹⁸⁰ que se entiende como el derecho del *partner* a su parte de las utilidades y a lo que quedaría disponible en caso de liquidación;¹⁸¹ los acreedores particulares de los *partners* pueden actuar sobre dicho interés, pero no pueden alcanzar los bienes de la *partnership*.

En el sistema jurídico mexicano se dota a la *sociedad en nombre colectivo* y a la *sociedad civil*, figuras similares a la *partnership*, de personalidad jurídica y, por lo tanto, de patrimonio propio. No obstante, el concepto de *tenancy in partnership* como tipo especial de copropiedad, que se aplicaba a la *partnership* bajo la teoría de la *agregación* es difícil atribuírselo al *joint venture* en el Derecho mexicano.

En éste, podría considerarse que los bienes constituyen un fondo común, tal como lo sostiene Le Pera, sobre el cual se conserva por los *venturers* su derecho, con un "vínculo de destino a favor de la iniciativa común".¹⁸² De esta forma, los bienes permanecen en el patrimonio de cada uno de los partícipes, pero

¹⁷⁹ Véase el comentario oficial a la sección 204 RUPA (1997).

¹⁸⁰ Cfr. LE PERA, *op. cit.*, p. 62.

¹⁸¹ Cfr. LE PERA, *ib.*, p. 63.

¹⁸² LE PERA, *ib.*, p. 64.

vinculados a la realización del objetivo común, que les conferiría a los *venturers*, en determinados supuestos, derechos sobre ellos, incluso al término del contrato.

La referida *modalidad patrimonial* no ha sido, sin embargo, desconocida en nuestro derecho. El artículo 2219 del Código Civil de 1884 se definió a la sociedad como "el contrato en virtud del cual, los que pueden disponer libremente de sus bienes o industria ponen en común con otra u otras personas esos bienes o industria o los unos y la otra juntamente, con el fin de dividir entre sí el dominio de los bienes y las ganancias y pérdidas".

Según Rojina Villegas, los elementos de la definición indican que "se pone en común bienes o industria, es decir, se habla de una copropiedad, de una comunidad de bienes; y cuando se dice copropiedad o comunidad de bienes, no se admite la existencia de un patrimonio autónomo, ni de una personalidad jurídica, titular de la misma. Por el contrario, jurídicamente se quiere significar... que hay un patrimonio común sujeto a copropiedad, y que los copropietarios no constituyen una personalidad jurídica, de tal suerte que la sociedad no ejerce un derecho de propiedad como persona distinta de la de los socios, sobre un patrimonio que le pertenezca independientemente de los patrimonios de estos".¹⁸³

¹⁸³ ROJINA Villegas Rafael, Derecho Civil Mexicano, Tomo VI, volumen 2, Porrúa, México 1995, pp. 132-134.

Capítulo III

LAS MODALIDADES DEL *JOINT VENTURE*.

DIFERENCIA CON FIGURAS AFINES.

3.1. Modalidades del *joint venture*. 3.1.1. Por el medio utilizado para su ejecución. a) El *joint venture* contractual. b) El *joint venture* societario. c) El *joint venture* mixto. 3.1.2. Por la aportación de capital a la empresa conjunta. 3.1.3. Por el empleo de una jurídica. 3.1.4. Por la posición que ocupa el *joint venture* en relación con las partes. 3.1.5. Por la relación que exista entre el *joint venture* y las partes. 3.1.6. Por el objeto y destino de la actividad del *joint venture*. 3.1.7. Por la manera como se administra el *joint venture*. 3.1.8. De acuerdo al ámbito en que se desarrolla el *joint venture*. 3.2. La interpretación del contrato de *joint venture*. 3.3. Diferencia del *joint venture* con otras figuras.

3.1. MODALIDADES DEL *JOINT VENTURE* .

3.1.1. *Por el medio utilizado para su ejecución.*

La modalidad más importante que el *joint venture* presenta en el comercio internacional es aquella que lo distingue a partir del instrumento que emplean las partes para ejecutar el acuerdo. Desde ésta perspectiva se distingue (1) el *joint venture* contractual, (2) el *joint venture* societario y (3) el *joint venture* mixto. Los tres se estructuran mediante un *contrato de base* que es (4) el *joint venture agreement*, y constituye, propiamente, el contrato de *joint venture*. Se trata, por lo tanto, de un componente común a aquellas clases de *joint venture*.

El *joint venture agreement* define, según Marzorati,

el porqué se han asociado diferentes personas, qué tipo de aporte compromete cada una, cómo y a través de quién lo materializan, cómo han de ser las políticas de la *corporation* y de sus órganos y quiénes han de representarlos en éstos, el régimen de mayorías para adoptar decisiones corporativas, cómo se eligen

y se sustituyen los *officers* o *managers* de la *corporation*, cómo se ha de financiar el proyecto y sobre todo el derecho de preferencia frente a terceros para impedir que, en caso de necesidad de venta de la parte de un partícipe, terceros ajenos al grupo puedan ingresar a éste sin la conformidad de los restantes partícipes.¹

Los términos *empresa conjunta* y *sociedad conjunta* se han empleado para identificar, respectivamente, al *joint venture* contractual y al *joint venture* societario.

Como contrato de base, el *joint venture agreement* regula toda la operación que representa el *joint venture* mismo; en él, las partes definen la actividad que emprenderán en común, establecen la manera de llevarla al cabo y la normativa que regirá sus relaciones en el referido emprendimiento.

Analicemos cada una de las modalidades del *joint venture* enunciadas, para lo cual retomaremos el supuesto que se planteó en la introducción, en el apartado correspondiente al *joint venture como relación compleja*.

a) El *joint venture* contractual. El *joint venture* contractual se presenta cuando la relación jurídica que permitirá desarrollar la actividad conjunta se mantiene en un plano exclusivamente contractual, sin trascender a una sociedad dotada de personalidad jurídica.

En la hipótesis propuesta de producción y distribución de bienes, el *joint venture* contractual se presentará cuando una de las partes producirá las mercaderías y otra los colocará en el mercado, pero tendrán una participación común en el resultado de la operación. La relación implicará, además de la celebración del *contrato de base*, la realización de un *contrato de distribución* que será, para esos efectos, un negocio jurídico que deriva de aquél.

No obstante que en el Derecho estadounidense se atribuye a la *partnership* el carácter de *ente* distinto de los socios, y el *joint venture* recibe un tratamiento semejante al de la *partnership*, esa concepción es inaplicable, en principio, a la versión internacional del instituto, a menos que el Derecho que resultara aplicable a la relación, la considerara también como *ente*. De esta manera, el *contractual*

¹ MARZORATI Osvaldo J., *Alianzas Estratégicas y Joint Venture*, Astrea, Buenos Aires

joint venture es un vínculo de tipo asociativo que carece de personalidad jurídica; las partes convienen alcanzar el objetivo común propuesto, sin constituir una persona jurídica.

Algunos se inclinan por considerar esta clase de relaciones negociales como una *sociedad de hecho* o como una *sociedad irregular*, postura que consideramos errónea puesto que tales figuras se presentan cuando la voluntad de las partes es constituir una sociedad mercantil, a la que le falta un elemento formal.

Además, en el contrato de *joint venture* las partes precisan, propiamente, la manera como emprenderán, en común, una determinada actividad para lograr un fin específico, rasgo que nos parece determinante para diferenciar a la figura de una relación societaria común.

De acuerdo con Farina, esa relación asociativa es una relación de colaboración para una empresa conjunta que excluye toda relación societaria,² provista de personalidad. En esta clase de vinculaciones, las partes pretenden apartarse, precisamente, de las disposiciones que norman las sociedades que crean una persona jurídica, que por su inflexibilidad, le restan elasticidad a la operación, que requiere mayor versatilidad, por las características propias del emprendimiento.

La relación negocial derivada del *joint venture* contractual constituye una *comunidad de intereses* entre los partícipes.

Colaiacovo ha entendido que el *contractual joint venture* se ubica dentro de la categoría de los *acuerdos de cooperación empresarial*.³ La relación entre tales acuerdos y el *joint venture* es de género a especie. Así, todo contrato de *joint venture* es una *acuerdo de cooperación empresarial*, pero no a la inversa.

En el *contractual joint venture*, la colaboración de las partes se establece, además del propio *joint venture agreement*, por medio de diversos contratos que encuadran en los *contratos de cambio*, y forman parte de la amplia relación que se

1997, p. 123. El comentario se refiere, propiamente, al *joint venture* societario.

² FARINA Juan M., *Contratos Comerciales Modernos*, Astrea, primera reimpresión, Buenos Aires 1994, pp. 753, 756.

constituye por el *joint venture*. A estos contratos los hemos identificado como contratos derivados, como quedó dicho.

Para que la relación surgida de tales contratos sea considerada parte del *joint venture*, habrán de representar una colaboración al objetivo común, de lo contrario, se tratará de *meras relaciones contractuales* entre las partes, *sin carácter asociativo*.

Cuando las partes se obligan a contribuir con bienes al *joint venture*, éstos constituyen un fondo común sobre el cual cada parte conserva su derecho. Los bienes se entienden afectos al logro de la finalidad común que pretende alcanzarse.⁴

b) El *joint venture* societario. En el *joint venture* societario las partes acuerdan llevar a cabo la empresa conjunta a través (1) de una sociedad ya constituida o (2) de una sociedad que se constituirá específicamente para ese efecto. Denominaremos a esas variantes, respectivamente: *joint venture por sociedad constituida* y *joint venture por sociedad a constituir*.

Además de establecerse en el contrato la forma como efectuarán el emprendimiento común, las partes definen las normas que regirán las relaciones sociales en la propia sociedad y las condiciones relativas a la participación en el capital social de la misma, entre otros aspectos.

En éste caso, las partes en el *joint venture* serán, a la vez, los socios de la sociedad que acuerdan constituir, o formarán parte de una sociedad ya constituida. Los bienes que se aportan se entienden transmitidos a la propia sociedad, aun cuando podrían quedar en plano distinto, sin transmitir su propiedad a la sociedad, caso en el que estaríamos ante un *joint venture* mixto.

En el caso que se viene analizando, quien producirá las mercaderías y quién las distribuirá acuerdan participar en una sociedad *por constituir* o ya *constituida*, que será la que realizará ambas actividades, con la colaboración de las dos partes, que contribuirán con experiencia y conocimientos en sus

³ COLAIACOVO Juan Luis, *et. al.*, *Joint Ventures y otras formas de Cooperación Empresarial Internacional*, Macchi, Buenos Aires 1992, p. 162.

⁴ Cfr. FARINA, *op. cit.*, p. 756.

respectivas áreas. En este caso, las particularidades de la actividad que desarrollarán en conjunto quedará prevista en el *joint venture agreement*; la sociedad quedará, como negocio jurídico derivado, vinculado con aquél.

La sociedad que se constituye o la sociedad ya constituida tiene un propósito funcional para la operación del *joint venture*: Representa un medio para lograr el objetivo común que se proponen las partes, por lo que no puede ser considerada como el fin mismo del *joint venture*. Como lo señala Farina, la sociedad tiene por objeto la ejecución del contrato de *joint venture* subyacente.⁵

En el *joint venture* societario quedan comprendidas todas aquellas figuras que emplean para su ejecución una determinada forma societaria, que tiene la particularidad de ser un vehículo del *joint venture*.

Las clases de sociedad mercantil que normalmente se utiliza en México son la sociedad anónima o la sociedad de responsabilidad limitada, pero puede ser cualquier otro tipo de sociedad.

Los tres principales tipos de *joint venture* que se utilizan en los Estados Unidos de América son: la *partnership joint venture*, la *limited company joint venture* y el *joint venture corporation*.⁶ Las distintas formas societarias enunciadas son similares, en ese orden, a la sociedad en nombre colectivo, a la sociedad de responsabilidad limitada y a la sociedad anónima, todas del derecho mexicano.

Cuando quienes se vinculan son sociedades mercantiles que participará en una sociedad de capital ya constituida, la operación se puede efectuar mediante una fusión, supuesto en el que se habla de un *joint venture by merger*, o a través de la adquisición de un paquete de acciones, caso que se refiere como *joint venture by acquisition*. En éste, podría tratarse de la adquisición de acciones en circulación o de la suscripción y pago de acciones representativas del incremento acordado del capital social.

Sierralta sostiene que la sociedad habrá de tener un objeto específico y un término limitado, lo que representa un aspecto básico que debe observarse en su constitución. Tal afirmación parte de la idea del *joint venture* como contrato para el

⁵ Cfr. FARINA, *ib.*, p. 753.

⁶ Cfr. HARROCH Richard D., *Partnerships & Joint Venture Agreements*, volumen 1, *Law Journal Press*, octava edición, p. 7-6.

logro de un objeto específico, que fue la concepción original del instituto, visión que no corresponde al enfoque actual del instituto, como quedó referido. Lo señalado no debe confundirse con el hecho de que el objeto del *joint venture* requiera estar determinado, es decir, definido por las partes.

Coincidimos con Farina al señalar que "las *joint ventures* contractuales persiguen los mismos fines y cumplen las mismas funciones empresariales que las *joint ventures* organizadas mediante estructuras societarias", aspecto que identifica como elemento común.⁷

Algunos han denominado a la sociedad que funge como medio para el cumplimiento del *joint venture agreement*, con el término de *sociedad conjunta*, cuyas características las circunscriben a la existencia del acuerdo de base, el carácter de sociedades de los socios y a la posibilidad de que las partes puedan ejercer el control conjunto de la operación. Jorge Miquel Rodríguez afirma que:

Para poder hablar propiamente de sociedad conjunta, además del control compartido por parte de los socios, entendemos que dos elementos esenciales son la condición de sociedades de los socios y la construcción de la relación en dos fases, en virtud de la celebración de un acuerdo preliminar y la creación de una estructura societaria para llevar a cabo una colaboración.⁸

c) El *joint venture mixto*. El *joint venture mixto* es aquél en el que una parte de la actividad conjunta que han decidido realizar las partes se ejecuta a través de una sociedad, y otra, quedará en una relación estrictamente contractual, sin que esta actividad se realice mediante una persona jurídica.

Pensemos que las partes que se vinculan para producir y distribuir bienes a través de una sociedad, supuesto en el que nos encontramos en un *joint venture* societario, requieren de una marca conocida para identificar sus productos, por lo que deciden asociarse con el titular de la marca, con quien celebran un contrato de licencia, sin que éste participe en aquella sociedad. Esta última relación jurídica

⁷ FARINA, *op. cit.*, p. 757.

⁸ MIQUEL Rodríguez Jorge, *La Sociedad Conjunta (Joint Venture Corporation)*, Civitas, Madrid 1998, p. 142.

queda en el ámbito contractual del *joint venture*, dando origen al *joint venture* mixto. Tanto la sociedad como el contrato de licencia son negocios jurídicos derivados del *joint venture agreement*.

3.1.2. Por la aportación de capital a la empresa conjunta.

Otra modalidad del *joint venture* se aprecia a partir de la contribución que las partes realizan de capital al emprendimiento conjunto, que se representa, principalmente, por acciones de una sociedad. El término *equity* hace referencia a la participación en el capital de una sociedad.

Tomando como referencia lo anterior, estaremos en presencia de un *equity joint venture* cuando las partes aportan capital a una sociedad. El *non equity joint venture* será aquél en el que no existe tal aportación, sino que la contribución de las partes es de distinta naturaleza a la participación accionaria de una sociedad. Por último, el *equity non equity joint venture* será aquél en el que una parte de las contribuciones de los *venturers* es en capital accionario y otra, una contribución diversa. Por lo general, el *equity joint venture* es, a la vez, un *joint venture* societario, y el *equity non equity joint venture* es un *joint venture* mixto.

Sierralta señala que las llamadas *equity joint ventures* son una asociación de capitales, y las *non equity joint ventures* son aquellas en donde no hay contribución de capital.⁹ La palabra *equity* en el derecho anglosajón se refiere al capital accionario; sin embargo, debe tenerse presente que "capital no necesariamente significa capital accionario, sino los recursos que cada *venturista* allega al proyecto y que son contratados por la sociedad que se forma a ese efecto".¹⁰

⁹ Cfr. SIERRALTA, *op. cit.*, p. 96.

¹⁰ MARZORATI, *op. cit.*, p. 117. El *equity joint venture*: la organización común implica solamente una contribución de capital, importando –por lo general– la constitución de una sociedad. El *non equity joint venture*: el aporte está constituido –en exclusividad– por tecnología, *know how*, capacidad organizativa o direccional o semejante, plasmándose solamente una vinculación contractual no societaria. El *equity non equity joint venture*: es un tipo intermedio, en el cual coexisten ambas clases de aportes. (MARTORELL Ernesto Eduardo, Tratado de los Contratos de Empresa, Tomo III, Depalma, Buenos Aires 1997, pp. 254, 257).

Cuando es indispensable atribuir bienes y recursos importantes a la operación que desarrollaran las partes, se crea una sociedad con carácter funcional, por lo que surge el *equity joint venture*.¹¹

El *equity joint venture* se refiere a la utilización de una sociedad por acciones, que se complementa con diversos acuerdos contractuales colaterales, que definen la verdadera organización del *joint venture*.¹²

La mayor parte de la doctrina americana ha ubicado al *equity joint venture* como una *close corporation*, en la que sus *by-laws* no difieren sustancialmente de los estatutos de otra *close corporation*, pero su acta constitutiva está determinada por el *joint venture agreement*.¹³

3.1.3. Por el empleo de una persona jurídica.

El *joint venture* también puede ser clasificado en *corporate joint venture* y *non corporate joint venture*. Esta clasificación atiende a la conformación o no, de una *corporation* a través de la cual se canalizan las actividades del *joint venture*. Dicha figura societaria corresponde, como se señaló en otro lugar, a la sociedad anónima del derecho mexicano. Estaremos en presencia del primer supuesto cuando se acude a la constitución de la *corporation*, y en el segundo, cuando ocurre lo contrario.

También en este caso, la clasificación corresponde al *joint venture* societario y al *joint venture* contractual, respectivamente.

3.1.4. Por la posición que ocupa el *joint venture* en relación con las partes.

En relación con la posición que guarda el *joint venture* con las partes, este se ha clasificado en *joint venture* horizontal, vertical y conglomerado.

¹¹ Cfr. SIERRALTA, *op. cit.*, p. 53.

¹² Cfr. MARZORATI, *op. cit.*, pp. 81, 171.

¹³ MARZORATI, *ib.*, pp. 80, 146.

El *joint venture* será horizontal, cuando “opera en la misma área estratégica de negocios de las partes”.¹⁴

El *joint venture* vertical es aquél en el que las partes trabajan a niveles diferentes del proceso de producción, de tal manera que el *joint venture* constituye una forma de integración de ellas, que se coloca en un nivel inferior o superior.¹⁵

En cambio, el *joint venture* conglomerado es aquél cuya actividad se desarrolla en áreas que no tienen relación con las actividades habituales de las partes.¹⁶

3.1.5. Por la relación que exista entre el *joint venture* y las partes.

El *joint venture* se divide en simétrico y asimétrico, de acuerdo con la relación que haya entre las operaciones del *joint venture* y de las partes.

El *joint venture* será simétrico cuando las actividades de ambos se relacionen recíprocamente. Sierralta señala que la simetría se presente cuando “la actividad del *joint venture* constituye un momento de integración recíproco” respecto de algún *venturer*.¹⁷

Cuando la actividad del *joint venture* y de los *venturers* no es en beneficio recíproco, entonces el *joint venture* será asimétrico.¹⁸

3.1.6. Por el objeto y destino de la actividad del *joint venture*.

Desde el punto de vista del objeto y del destino de la actividad que desarrolla el *joint venture*, este se distingue en *joint venture* operativo y *joint venture* instrumental.¹⁹

El *joint venture* operativo es aquél “que tiene por objeto la producción de bienes y servicios”, como actividad productiva con cierta continuidad. Por ello, por

¹⁴ SIERRALTA, *op. cit.*, p. 102.

¹⁵ SIERRALTA, *ib.*, p. 102.

¹⁶ SIERRALTA, *ib.*, p. 102.

¹⁷ SIERRALTA, *ib.*, p. 103.

¹⁸ SIERRALTA, *ib.*, p. 103.

¹⁹ PROPERSI citado por Sierralta, *ib.*, pp. 105-106.

lo general da lugar a la constitución de una sociedad que desarrollará esa actividad.²⁰

Colaiacono se refiere al *joint venture* operacional como una sociedad a través de la cual dos o mas firmas crean una entidad jurídica nueva o separada, para llevar a cabo una actividad económica productiva o de prestación de servicios en la cual cada parte toma un activo papel en el proceso de toma de decisiones.

El *joint venture* instrumental, como su nombre lo indica, constituye un instrumento para la ejecución de una actividad determinada, en función de un contrato celebrado con un tercero *comitente*,²¹ de tal manera que el cumplimiento de dicho contrato se realiza a través de la actividad del propio *joint venture*.

3.1.7. Por la manera como se administra el *joint venture*.

Atendiendo a la naturaleza del control sobre la gestión operativa del *joint venture*,²² éste se distingue en cuatro tipos a saber: el *joint venture* independiente, el *joint venture* de gestión mancomunada, de gestión separada y el *joint venture* de gestión dominada.

El *joint venture* independiente es aquél en el que la entidad económica creada actúa autónomamente respecto de las partes.²³

El *joint venture* de gestión mancomunada y en el de gestión separada, "los contratantes son directamente implicados en la gestión de la nueva entidad",²⁴ sólo que en el primero, los contratantes la realizan en forma conjunta, mediante una actuación unida, y en el segundo, cada uno de los *venturers* la efectúa por separado, a veces distribuyéndose tareas específicas distintas, a veces iguales. Peter Killing denomina a estas dos formas como *joint venture* de gestión coindivisa y de cogestión.

Por último, el *joint venture* de gestión dominada, "uno de los sujetos ejerce una acción predominante en la elección de las modalidades operativas,

²⁰ SIERRALTA, *lb.*, p. 106.

²¹ SIERRALTA, *lb.*, p. 106.

²² KILLING citado por Sierralta, *lb.*, p. 99.

²³ SIERRALTA, *lb.*, p. 99.

gobernando de hecho el *joint venture* como una parte integrante de su propio cuerpo administrativo".²⁵

Estas modalidades parecen reñir con la característica del *joint venture*, en el que las partes pueden realizar la gestión común de la operación (cuando menos en el *joint venture* independiente).

3.1.8. De acuerdo al ámbito en que se desarrolla el *joint venture*.

Se dice que el *joint venture* es nacional, cuando las partes tienen la misma nacionalidad, o bien, son residentes en el país donde el acuerdo toma parte.

En muchos países en vías de desarrollo y en los países de Europa Oriental, el acuerdo del *joint venture* con el gobierno o con una empresa local ha constituido, en algún momento, un requisito previo vinculado al ingreso en el mercado.

El *joint venture* internacional es un contrato celebrado por empresas con establecimientos en distintos países.

3.2. LA INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO DE JOINT VENTURE.

Sierralta sostiene que la interpretación del contrato de base debe ser teleológica, con la intención de que se mantenga la empresa que se forma por virtud del *joint venture*.²⁶

Así mismo señala que habrá de interpretarse de manera integral, por lo que las cláusulas deben articularse entre sí para que conserven su unicidad y coherencia.²⁷

Desde la perspectiva de la intención de las partes, no cabe duda de que este negocio jurídico delimita lo que podrían denominarse "líneas de

²⁴ SIERRALTA, *lb.*, p. 99.

²⁵ SIERRALTA, *lb.*, p. 99.

²⁶ SIERRALTA, *lb.*, p. 219.

²⁷ SIERRALTA, *lb.*, p. 221.

entendimiento", lo que les permite relacionarse sin la necesidad de una sociedad comercial que las vincule.²⁸

De esta forma, el contrato de *joint venture* servirá para establecer el motivo que llevó a las partes a contratar, y, a partir de sus disposiciones, podrá interpretarse la totalidad de la operación de manera global. Desde luego que será también un antecedente para interpretar los contratos que de él se deriven.

Esto hace del *joint venture*, un contrato causal, dado que se recomienda que se establezca la razón que determinó a las partes a contratar, para una interpretación más precisa de la operación.

3.3. DIFERENCIA DEL JOINT VENTURE CON ALGUNAS FIGURAS.

3.3.1. Acuerdos de cooperación.

El *joint venture* es una especie de los contratos de colaboración empresarial, a los que también se les denomina como acuerdos de cooperación. Un acuerdo de cooperación, según Kuiper, es una o más relaciones contractuales en las que ambas partes efectúan contribuciones específicas para fines determinados, en donde los momentos en los que las contribuciones se realizan pueden diferir.²⁹

La cooperación entre empresas puede adoptar formas muy diversas, desde la más sencilla, a partir de una cooperación tácita, sin acuerdo expreso previo, hasta la más compleja, como es la fusión en sus diversas modalidades.

Kuiper clasifica a los acuerdos de cooperación de la siguiente manera: (1) Acuerdos en los cuales no hay una asociación de empresas, que es el primer escaño en las relaciones de cooperación, sin constituir una asociación; (2) acuerdos en los que se presenta una asociación parcial de las empresas y, (3) acuerdos que representan una verdadera integración de las empresas participantes, que es la forma más completa de cooperación.³⁰

²⁸ SIERRALTA *ib.*, p. 221.

²⁹ KUIPER, citado por Marzorati, *op. cit.*, p. 10.

³⁰ MARZORATI, *ib.*, p. 5.

Coincidimos con Marzorati³¹ en que la relación entre un *acuerdo de cooperación* y un *joint venture* es la de género a especie, según quedó asentado con antelación.

3.3.2. Alianzas estratégicas.

En realidad el término *alianza estratégica* es más bien una expresión con carácter comercial y económico, que jurídico.

Para Jorge Niosi,³² el *joint venture* genera necesariamente una empresa, entendida como una sociedad dotada de personalidad jurídica, a diferencia de la alianza estratégica, que no la crea.

Otra diferencia se ha pretendido encontrar desde el enfoque de la competencia entre los participantes. Según Marzorati, la *strategic alliance* se conforma, a diferencia del *joint venture*, por competidores reales o potenciales. No obstante, estimamos que se trataría en todo caso de un rasgo comercial, advertido desde la óptica de la finalidad perseguida por los contratantes, que tratan de lograr un beneficio estratégico, en un mercado determinado. La obtención de ese beneficio sería lo que identificaría a determinada figura como una alianza estratégica. Esta podría conformarse, entonces, a través diversos instrumentos, si que necesariamente representen un *joint venture*; incluso éste no siempre será una alianza estratégica.

3.3.3. Asociación en participación y joint venture.

La asociación en participación es un contrato por virtud del cual “una persona llamada asociante recibe de otra (o de otras) que se le asocia, y que se llama asociado, bienes o servicios, a cambio de una participación en las utilidades

³¹ Cfr. MARZORATI, *ib.*, p. 3.

³² Profesor de la Universidad de Quebec en Montreal, Canadá. Opinión dada en abril de 1998.

y en las pérdidas que aquélla obtenga, ya sea al explotar su empresa o negociación o al realizar uno o varios negocios mercantiles".³³

El *joint venture* se distingue de la asociación en participación, en los siguientes aspectos:

a) Inexistencia del socio oculto. En la asociación en participación existe un socio oculto, que es el asociado, que aporta al asociante los bienes o los servicios. El asociante es el dueño del negocio y obra en nombre propio.³⁴

En cambio, en el *joint venture* no existe el socio oculto; las partes tienen el carácter de asociantes, por lo que cada una puede realizar operaciones con terceros y efectuar la gestión del negocio. No obstante, en el *joint venture* podría emplearse una asociación en participación para ejecutar el acuerdo, o bien, convenirse que sólo uno de los *venturers* realice la gestión de la operación.

b) Responsabilidad de los *venturers* con terceros. La inexistencia del socio oculto en el *joint venture* se liga con otro aspecto, que representa también diferencia con la asociación en participación: La responsabilidad frente a terceros.

En la asociación en participación el asociante es quien asume dicha responsabilidad, pues es el que lleva a cabo el negocio; es quien contrata con terceros, por lo que no hay "relación jurídica entre los terceros y los asociados";³⁵ el vínculo jurídico se establece entre el asociante y el tercero y no alcanza al asociado, quien no se encuentra autorizado para actuar en función del negocio.

En el *joint venture*, por el contrario, cada parte tiene la facultad de efectuar operaciones con terceros, para los fines de la empresa conjunta que han acordado desarrollar. Por ello, cada *venturer* responde frente a los terceros con los que se ha

³³ BARRERA, *op. cit.*, p. 233. El artículo 252 LGSM define a la asociación en participación como "un contrato por el cual una persona concede a otras que le aportan bienes o servicios una participación en las utilidades y en las pérdidas de una negociación mercantil o de una o varias operaciones de comercio". Se "trata de un contrato de cambio: el asociante a quienes (sic) se otorgan y transfieren sus bienes o servicios, se obliga, a cambio de hacer participe a su contraparte de las utilidades y pérdidas que obtenga en la explotación de su empresa, o en la ejecución de una o varias operaciones comerciales" (BARRERA, *ib.*, p. 236.).

³⁴ Artículo 256 LGSM.

vinculado. En el sistema jurídico estadounidense, cada *venturer* queda obligado por la actuación del otro, puesto que se entiende conferida, para los fines del negocio, una representación mutua, que los sujeta a responsabilidad solidaria.³⁶

c) Gestión y control conjuntos. En la asociación en participación quien realiza la operación del negocio es sólo el asociante. "La gestión o administración de los bienes o de los servicios aportados pertenezca* exclusivamente al asociante, quien se ostenta ante terceros como dueño de los bienes o como beneficiario del trabajo prestado por el asociado. Éste, en consecuencia, no figura en la explotación de la empresa, ni en celebración* o la ejecución del negocio relativo..."³⁷

En el *joint venture*, todos los *venturers* tienen el derecho de asumir la gestión del negocio y de ejercer un cierto grado de control sobre el mismo.³⁸

d) Fondo común. En la asociación en participación, frente a terceros, los bienes se entienden transmitidos en propiedad al asociante, salvo tres excepciones: (1) Cuando la naturaleza de la aportación exigiera alguna formalidad; (2) cuando se estipule lo contrario y se inscriba la cláusula relativa en el Registro Público de Comercio; o bien (3) si no estuviera inscrita la cláusula, cuando el tercero tuviera o debiera tener conocimiento de dicha estipulación.³⁹

En cambio, en el *joint venture* los bienes constituyen un fondo común, con un vínculo de destino para el logro de la finalidad que persiguen las partes,⁴⁰ por lo que los bienes permanecen en el patrimonio de cada *venturer*. Cuando se constituye una sociedad a la que transmiten activos, es ésta la que deviene propietaria de los bienes.

³⁵ Artículo 256 LGSM.

³⁶ *Vide supra* apartados 2.5 y 2.6 del Capítulo II del Título Primero.

* Sic.

* Sic.

³⁷ BARRERA, *op. cit.*, p. 233.

³⁸ *Vide supra* apartados 2.7 y 2.8 del Capítulo II del Título Primero.

³⁹ Artículo 257 LGSM. *Cfr.* BARRERA, *ib.*, p. 242.

e) **Exclusión en las pérdidas.** En la asociación en participación la participación en las pérdidas tiene relevancia, al igual que en las figuras societarias. Como lo afirma Sierralta, "en la asociación en participación está en la naturaleza del contrato que el asociado participe en las pérdidas, salvo pacto en contrario".⁴¹ Los artículos 16 y 259 LGSM prevén reglas para la distribución de las utilidades y de las pérdidas,⁴² que se observan *salvo pacto en contrario*.

A diferencia de aquélla, en el *joint venture* la contribución en las pérdidas no es un elemento esencial, puesto que es posible pactar que alguna de las partes quede excluida de soportarlas.⁴³

f) **Diverso carácter del joint venture.** La asociación en participación es un contrato asociativo en sentido amplio,⁴⁴ y es un contrato definitivo, del cual no se deriva ningún otro.

El *joint venture*, por el contrario, es un contrato asociativo, que puede tener naturaleza diversa: es un contrato definitivo, pero a la vez puede ser preliminar, preparatorio, marco, o normativo.⁴⁵ Además, de él surgen otros contratos denominados *derivados*, entre los que se encuentra el contrato de sociedad, que sirven como un medio para ejecutar el acuerdo de *joint venture*.

⁴⁰ Vide *supra* apartado 2.9 del Capítulo II del Título Primero.

⁴¹ SIERRALTA, op. cit., p. 82.

⁴² El artículo 258 LGSM establece un límite respecto de las pérdidas de los asociados que "no podrán ser superiores al valor de su aportación".

⁴³ Vide *supra* apartado 2.4.6 del Capítulo II del Título Primero. Cfr. SIERRALTA, op. cit., p. 82.

⁴⁴ Vide *supra* apartado 2.1 de la parte introducción del presente estudio.

⁴⁵ Vide *supra* última parte del apartado 3.1 del este mismo capítulo.

Capítulo IV

EL JOINT VENTURE AGREEMENT O CONTRATO DE BASE

4.1. Consideraciones preliminares. 4.2. El contenido del *joint venture agreement*. 4.3. Cláusulas específicas. 4.3.1. La identidad de las partes. 4.3.2. El objeto del *joint venture*, la contribución de las partes y la participación en las utilidades o dividendos. Remisión. 4.3.3. Los medios que se emplearán para la ejecución del acuerdo. 4.3.4. Las operaciones comerciales internas. 4.3.5. Cláusula sobre el análisis de la situación de la empresa (*due diligence procedure*). 4.3.6. Cláusula sobre revelación de información relevante (*disclosure*). 4.3.7. Afirmaciones vinculantes (*representations and warranties*). 4.3.8. Cláusula sobre ausencia de cambios substanciales (*absence of material changes*). 4.3.9. Subsistencia del *joint venture agreement*. 4.3.10. Fuerza mayor (*force majeure*). 4.3.11. La cláusula sobre la excesiva onerosidad (*hardship*). 4.3.12. Cláusula de igual oportunidad (*equal opportunity*). 4.3.13. Cláusula de no-competencia. 4.3.14. Modificaciones. 4.3.15. Cláusula de acuerdo total. 4.3.16. Cláusula sobre el curso ordinario del negocio (*ordinary course of dealing*). 4.3.17. Cuestiones ambientales. 4.3.18. Confidencialidad. 4.3.19. Cláusula de derecho aplicable. 4.3.20. Los mecanismos para la resolución de controversias.

4.1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.

Como lo dejamos apuntado en la parte introductoria de esta obra, de acuerdo con la amplitud y complejidad de la empresa que las partes acuerden desarrollar, el *joint venture* puede estructurarse mediante un solo instrumento, o bien, requerir de varias relaciones jurídicas que se vinculan entre sí, que constituyen, toda ellas, la operación que se realiza a través del *joint venture*, apreciada como una vinculación compleja, por lo que su concepto podría no circunscribirse a un contrato único.

La variedad de negocios jurídicos que conforman la operación de referencia dependerá, en gran medida, de la clase de *joint venture* de que se trate.

El *contractual joint venture*, que es aquél en el que no se emplea una sociedad mercantil como medio para su ejecución, generalmente se

instrumenta en un solo negocio jurídico, que es el propio *joint venture agreement*.¹

En cambio, en el *joint venture* societario, en el que sí se acude a una sociedad mercantil, puede requerir diversos negocios jurídicos: (1) un protocolo o carta de intención, (2) el *joint venture agreement*, referido en la jerga comercial como *contrato de base* (o *contrato marco*), y (3) uno o varios *contratos derivados* (o *contratos satélites*).²

"En la práctica –sostiene Sierralta– las partes comienzan a preparar todos los documentos, 'contrato base' y 'contratos satélites', principalmente, de una sola vez a partir de las negociaciones e incluso sin carta previa de intención".³

Tratándose del *joint venture* societario, es común encontrar dos clases de acuerdos adicionales que son (4) el *acuerdo de socios* y (5) el acuerdo para realizar el *due diligence procedure*.

En ambas clases de *joint venture*, las partes celebran (6) un *acuerdo de confidencialidad* para mantener en secrecía, la diversa información que habrán de intercambiar, acuerdo que puede formar parte de la carta de intención, del propio *joint venture agreement* o en documento separado.

En el presente capítulo habremos de analizar el contenido del *joint venture agreement* o contrato de base, especialmente referido al *joint venture por sociedad constituida*. A las demás figuras jurídicas mencionadas dedicaremos un espacio particular en la segunda parte de nuestro estudio.

Al *joint venture agreement* o *contrato de base* se le conoce como *contrato paraguas* o *umbrella agreement*,⁴ puesto que en él encuentran sustento las diversas relaciones jurídicas que permitirán a las partes alcanzar el objetivo común que se han propuesto, por lo que no solo contiene sus derechos y obligaciones.⁵

¹ Cfr. SIERRALTA Ríos Anibal, *Joint Venture Internacional*, Depalma, primera edición, Buenos Aires 1996, p. 215.

² Cfr. SIERRALTA, *ib.*, p. 214.

³ SIERRALTA *ib.*, p. 215.

⁴ SIERRALTA *ib.*, p. 221.

⁵ SIERRALTA *ib.*, p. 219.

El *contrato de base* describe la manera como las partes emprenderán, en conjunto, la actividad que constituye la materia de su vinculación y que es, propiamente, el *contrato de joint venture*.

4.2. EL CONTENIDO DEL *JOINT VENTURE AGREEMENT*.

El contenido del contrato de base es muy amplio y variado. Sierralta recomienda que en éste se incluyan los siguientes aspectos:⁶

(1) La calificación de los participantes; (2) la naturaleza y objeto del negocio de *joint venture*; (3) la decisión de formar la sociedad operadora y el objetivo que ésta busca; (4) el valor de la inversión proyectada; (5) la contribución de cada una de las partes; (6) la referencia a los contratos satélites o mención a la posibilidad de que se celebren; (7) la definición del esquema de poder; (8) la fijación de normas de auditoría para permitir la fiscalización de la operación por los *co-joint venturers*; y (9) las cláusulas relativas a la solución de disputas.

El contenido de un contrato de *joint venture* difiere según el tipo de *joint venture* de que se trate; no será el mismo contenido en un *joint venture* contractual, que en un *joint venture* societario.

En este último, las disposiciones que rigen a la sociedad elegida se aplicarán sólo a la relación societaria misma, en defecto de las disposiciones que las partes hayan omitido convenir, sobre determinado punto, que sean eficaces. Debe tenerse presente que algunas de las reglas convenidas podrían ser contrarias a las normas jurídicas aplicables a las sociedades en particular, de acuerdo con el sistema jurídico del que se trate, por ejemplo: en el derecho mexicano se prohíbe restringir el derecho de voto, de conformidad con el artículo 198 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.⁷

Cuando el *joint venture* trate de ejecutarse mediante una sociedad ya constituida, varias de las disposiciones estatutarias en vigor podrían ser aplicables. De considerarse la modificación de dichas disposiciones, ese

⁶ SIERRALTA, *ib.*, p. 219.

⁷ Ese artículo señala: "Es nulo todo convenio que restrinja la libertad del voto de los accionistas" (artículo 198 LGSM).

aspecto habrá de quedar contenido en el acuerdo y realizarse, con antelación a su celebración o concomitante a ella, las señaladas modificaciones.

Enseguida presentamos una lista de los diversos aspectos que deben quedar comprendidos en un *joint venture* societario, con especial énfasis en un *el joint venture por sociedad constituida*. Esta lista servirá como guía para quien intervenga en la redacción de un contrato de base; sin embargo, el contenido del contrato podrá variar de acuerdo con las circunstancias propias de la operación, por lo que no pretende ser exhaustiva ni rígida.

El análisis profundo de aspectos societarios excede los alcances de nuestro trabajo; no obstante ello, habremos de referir, cuando sea necesario, los temas relacionadas con tales aspectos, desde un enfoque de Derecho mexicano.

Asimismo, haremos mención de las disposiciones de los *Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales*, conocidos como *Principios de UNIDROIT*⁶ que podrían ser aplicables, tratándose de un *joint venture* internacional. Tales *Principios* se aplicarán al *joint venture* en ese ámbito cuando las partes hayan acordado sujetarse a ellos o a los "principios generales del derecho", a la *lex mercatoria* o expresiones semejantes, según el *Propósito de los Principios*, supuesto en el cual cobran relevancia.

Los aspectos que habrán de ser considerados son: (1) La identidad de las partes; (2) el objeto del *joint venture*; (3) la contribuciones de las partes; (4) la participación en las utilidades o dividendos; (5) los medios que se emplearán para la ejecución del acuerdo; (6) la naturaleza de la sociedad como vehículo del joint venture; (7) las operaciones comerciales entre los *venturers*; (8) la transmisión de la calidad de parte en el joint venture; (9) la cláusula sobre la excesiva onerosidad (*hardship*); (10) cláusula sobre el análisis de la situación de la empresa o de la debida diligencia (*due diligence procedure*); (11) cláusula sobre revelación de información relevante (*disclosure*); (12) afirmaciones vinculantes (*representations and warranties*); (13) cláusula sobre ausencia de cambios substanciales (*absence of material changes*); (14) subsistencia del *joint venture agreement*; (15) fuerza mayor (*force majeure*); (16) cláusula de igual oportunidad (*equal opportunity*); (17) cláusula de no-competencia; (18)

⁶ Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado.

modificaciones; (19) cláusula de acuerdo total; (20) cláusula sobre el curso ordinario del negocio (*ordinary course of dealing*); (21) cuestiones ambientales; (22) confidencialidad; (23) la terminación del *joint venture*; (24) Derecho aplicable; (25) resolución de disputas.

Trataremos cada uno de dichos aspectos en el entendido de que pueden presentarse diversas modalidades que variarán, en principio, de acuerdo con el sistema jurídico en el que se inserte el *joint venture* y con la naturaleza de la operación de que se trate.

Hemos separado para su análisis los temas relativos a la naturaleza de la sociedad que se empleará, a la transmisión de la calidad de parte y a la terminación del *joint venture*, que se abordarán en el siguiente capítulo.

4.3. CLÁUSULAS ESPECÍFICAS.

4.3.1. *La identidad de las partes.*

La identidad de las partes podría parecer un requisito obvio del *joint venture agreement*; sin embargo, en algunas ocasiones el señalado contrato se celebra entre personas distintas a las que originalmente han venido negociando. Por ello, habrá de definirse si serán éstas las que celebrarán el contrato o si, por el contrario, a dicho contrato concurrirá una persona diferente.

A veces, alguna de las partes constituye una persona moral, que es su subsidiaria, para ejecutar el negocio propuesto. Esto es importante debido a que no es lo mismo tener como *venturer* a una persona jurídica con suficiente patrimonio, que a una recién constituida, que carezca de bienes para responder, en su caso, por la responsabilidad resultante a su cargo, derivada del incumplimiento del contrato de *joint venture*.⁹

En otros casos, son ambas partes las que deciden formar, en conjunto, una sociedad que será la que concurrirá, con ellas mismas, a la celebración del *joint venture*.

4.3.2. El objeto del joint venture, la contribución de las partes y la participación en las utilidades o dividendos. Remisión.

Sobre estos aspectos, remitimos al lector a lo expuesto en los apartados correspondientes a los expresados puntos, en el capítulo segundo relativo a los caracteres del *joint venture*. El último de los puntos precisados lo tratamos bajo el tema *Beneficio común*.

4.3.3. Los medios que se emplearán para la ejecución del acuerdo.

En ese mismo contrato se hace referencia a los medios que las partes utilizarán para el negocio común, de tal forma que se precisan los contratos que deberán celebrarse para tal fin, los cuales cumplen una función normativa respecto de la relación entre las partes.

A éstos se les conoce como contratos derivados, entre los que se ubica a la propia sociedad que será el vehículo para ejecutar el *joint venture*, punto al que hemos destinado un espacio en el capítulo quinto de la segunda parte de la obra.

Entre estos contratos y el *joint venture agreement* existe tal vinculación jurídica que se trata de un supuesto de unión de contratos o de contratos conexos o coligados, tema que también desarrollamos en aquél lugar y que tiene relación con las operaciones comerciales que pueden celebrar las partes con el *joint venture*.

4.3.4. Las operaciones comerciales internas.

Las partes deben definir si el *joint venture* proveerá determinados bienes, servicios o tecnología a los *venturers*, a sus filiales o subsidiarias, o viceversa.

⁹ WOLF Ronald Charles, *A Guide to International Joint Venture with sample clauses*, Klumer Law, segunda edición, London-Cambirdge 1999, pp. 34-35.

En estos casos las partes habrán de determinar los aspectos relacionados con las operaciones comerciales que celebrarán entre ellos, por ejemplo: definir la clase de bienes, de servicios o de tecnología que se proveerá; la contraprestación y las condiciones de pago, etcétera.

Cuando no se contemple en el acuerdo de *joint venture* alguna operación específica, entonces se debe incluir una disposición que prevea que las relaciones comerciales que se establezcan entre el *joint venture* y los *venturers* o sus filiales o subsidiarias serán en términos substancialmente equivalentes a los que podrían acordar personas que no participan en el *joint venture*, como si se tratara de personas totalmente ajenas.

El acuerdo puede incorporar una disposición que exija una mayoría determinada para aprobar las operaciones comerciales entre el *joint venture* y los *venturers* o sus filiales o subsidiarias, o la aprobación de los miembros del consejo de administración que no se relacionen con la parte interesada.¹⁰

4.3.5. Cláusula sobre el análisis de la situación de la empresa o de la debida diligencia (*due diligence procedure*).

El *due diligence procedure* consiste en una serie de pasos que los abogados y auditores deben seguir para conocer, de la manera más completa posible, la situación de la empresa en aspectos tales como el legal, financiero, comercial, tecnológico, ecológico, etcétera.¹¹

Este procedimiento se conoce también como *auditoria* debido a que, históricamente, se refería esencialmente a la revisión de la contabilidad, para verificar la información de los estados financieros, y la revisión de los bienes, de las obligaciones y de las responsabilidades en que hubiera incurrido la sociedad que se pretendía adquirir. En la actualidad, la revisión se ha ampliado a otros aspectos de la empresa.

El éxito de este tipo de procedimientos requiere de una atmósfera de cooperación entre abogados y auditores. La revisión que realizan unos y otros podría sobreponerse: si el auditor tiene que verificar algunas cuestiones

¹⁰ HARROCH Richard D., *Partnership & Joint Venture Agreements*, volumen 1, Law Journal Press, octava edición, New York 1999, p. 7-105.

¹¹ Cfr. WOLF, *op. cit.*, p. 114.

legales, ello no debe ser obstáculo para que el abogado revise, por su cuenta, esos mismos aspectos. Como lo sugiere Wolf,¹² la investigación derivada del *due diligence* debe conducirse por auditores y no por abogados.

La auditoria tiene relación directa con las *representations and warranties*, apartado en el que quedan contemplados algunos puntos relacionados con la situación de la empresa, que habrán de ser materia de revisión en el *due diligence procedure*.

Este tema lo hemos desarrollado con mayor amplitud en el capítulo tercero de la segunda parte de nuestro estudio, en el que abordamos, entre otros aspectos, los puntos que se recomienda incluir en el *due diligence process agreement*, capítulo al que nos remitimos.

Wolf recomienda que en el *joint venture agreement* se contemple el *due diligence procedure* en los siguientes términos:

Las partes acuerdan que se efectuará un procedimiento de auditoria para verificar los aspectos legales y financieros de _____. Las declaraciones contenidas en este acuerdo de *joint venture* serán verificadas por los abogados o auditores de acuerdo con la naturaleza de la declaración hecha. Como regla general, sin intención de limitación alguna, el vendedor permitirá a los abogados del comprador hacer todas las investigaciones necesarias para verificar todos los aspectos legales de _____ tales como organización, poderes corporativos, autorizaciones, cumplimientos, acciones de capital, rentas, licencias, contratos del personal y litigios. En todos los casos, sin embargo, los abogados del comprador tendrán el derecho de solicitar cualquier información relevante a cualquier declaración.

Adicionalmente, sin que haya intención de limitar, el comprador tendrá el derecho de nombrar y requerir a sus auditores para que realicen los procedimientos de auditoria que considere apropiados de acuerdo a los principios de auditoria internacionalmente aceptados. Tales procedimientos consistirán básicamente en verificar los métodos de compilar las cuentas, para ver si reflejan adecuadamente la condición financiera de _____ y en

¹² WOLF, *Ib.*, p. 115.

obtener información que confirme las declaraciones contenidas en este acuerdo de *joint venture*.¹³

No debe abusarse de esta cláusula, tratándose de *joint ventures* económicamente moderados.¹⁴

4.3.6. Cláusula sobre revelación de información relevante (disclosure).

Debido a que es imposible prever todos los problemas que pueden originarse a partir de la celebración de un *joint venture*, se ha recomendado incluir en el contrato de base, la obligación de cada una de las partes de revelar a la otra, todos los hechos relevantes que pudieran afectar la relación y que deben ser conocidos por ella. Esta cláusula también se halla directamente relacionada con las *representations and warranties*.

Este tipo de cláusula¹⁵ impone al vendedor, la obligación de revelar cualquier información relevante para el comprador, sin necesidad de que éste solicite dicha información.

También debe obligar al vendedor (1) a entregar una carta que se conoce como *disclosure letter*, previamente al cierre del *joint venture*, y (2) a

¹³ The parties agree that there shall be conducted due diligence procedure to verify the legal and financial aspects of _____. The representations and warranties contained in this joint venture agreement shall be verified by the lawyers or auditors in accordance with the nature of the representation and warranty so made. As a general rule, without any limitation intended, the seller shall permit the lawyers for the buyer to make all investigations necessary to verify all legal aspects of _____ such as organization, corporate powers, authorizations, compliance, capital stock, leases, licences, contracts, personnel contracts and litigation. In all cases, however, the lawyers for buyer shall have the right to request any information relevant to any representation or warranty.

Additionally, without any limitation being intended, buyer shall have the right to appoint and request its auditors to conduct those due diligence procedures it deems appropriate in accordance with internationally accepted auditing principles. Such procedures shall consist basically in verifying the methods for compiling accounts, whether they adequately reflect the financial condition of _____ and in obtaining information confirming the representations and warranties contained in this joint venture agreement (WOLF, op. cit., p. 115).

¹⁴ WOLF, *Ib.*, p. 46.

¹⁵ Se les conoce como cláusulas de seguridad. Aún si se observara el *due diligence procedure*, es probable que no todo el material existente sea examinado; la cláusula

actualizar dicha carta posteriormente, en documento que señale que no ha habido cambios en los aspectos originalmente considerados.

El objetivo del *disclosure* es hacer al vendedor responsable por las declaraciones materiales realizadas. La responsabilidad se extiende no sólo a aquellos hechos materiales que pudieran resultar falsos, sino también a los hechos omitidos, que fueren relevantes. Dicha responsabilidad se impone al vendedor si las declaraciones las realiza cualquiera de sus representantes o empleados.¹⁶

Esta cláusula podría redactarse en los siguientes términos:

Ninguna declaración, manifestación o información contenida en cualquier documento contiene hechos materiales falsos u omite mencionarlos. Las copias de toda la información escrita son ciertas y precisas. Ningún oficial o empleado de ninguna de las partes ha declarado mal o dejado de revelar cualquier hecho que pudiera materialmente afectar las declaraciones contenidas en este acuerdo de *joint venture*. Las partes han revelado entre ellas toda la información relevante y hechos materiales que podrían afectar la decisión de cualquiera de las partes con relación a la materia del *joint venture*. Esta obligación continuará hasta la fecha de cierre y cada parte asume la obligación de informar a la otra parte, antes de dicha fecha de cierre, de cualquier información o hecho material que no ha sido dado a conocer o cualquier alteración al contenido de esta cláusula. El incumplimiento de esta cláusula permitirá a la parte que no incumplió para rescindir el acuerdo de *joint venture* y reclamar daños.¹⁷

permite identificar problemas no descubiertos durante las negociaciones o información olvidada u oculta (WOLF, *ib.*, p. 118).

¹⁶ WOLF, *ib.*, p. 52.

¹⁷ No representation, warranty, statement or information contained in any document contains any untrue material facts or fails to mention them. Copies of all written information are true and accurate copies. No officer or employee of any party has misrepresented or fail to reveal any fact which could materially affect the representations and warranties contained in this joint venture agreement. The parties have disclosed to each other all relevant information and material facts which could affect the decision of either party as to the subject matter of the joint venture between said parties. This obligation shall continue through to the closing date and each party assumes the obligation to inform the other party, prior to said closing date, of any information or material fact which has not been previously disclosed or any alteration to the contents of this clause. Breach of this clause shall entitle the non-defaulting party to rescind the joint venture agreement and claim damages (WOLF, *ib.*, p. 118).

Puede suceder que, con posterioridad a la celebración del *joint venture agreement*, se dé a conocer determinada información que el vendedor no conocía y que el comprador considera que altera materialmente la razón que motivó el *joint venture*. En este caso, debe otorgarse al comprador la opción de continuar o no vinculado al *joint venture*. Según Wolf,¹⁸ este tipo de cuestión no se ve a menudo en los acuerdos de *joint venture*, pero aconseja incorporarla. Se otorga especial énfasis al derecho a rescindir el *joint venture* y no tanto en el resarcimiento de los daños y perjuicios que pudieran causarse por la ocultación de la información.

Contrario a lo que sostiene Wolf,¹⁹ consideramos que la posibilidad de rescindir el *joint venture* por la causa apuntada no debe quedar sólo a la estimación del comprador, en relación con la alteración material de la razón que originó el *joint venture*, puesto que eso crea inseguridad jurídica en la operación. Por ello, es conveniente definir en el acuerdo, lo que se entenderá por alteración material.

4.3.7. Afirmaciones vinculantes (*representations and warranties*).

Las palabras *representations and warranties* tienen distinto significado. Ambas se refieren a *declaraciones* sobre determinado aspecto, sólo que, tratándose de una *representation*, cuando la declaración se realiza de buena fe, no se produce consecuencia alguna si lo manifestado es erróneo o falso; en cambio, en el caso de la *warranty* resulta intrascendente la manera como se haya hecho la declaración; de buena o de mala fe, quien la hace incurre en responsabilidad. Para evitar discusiones si una declaración es una *representation* o una *warranty*, ambos términos se emplean en conjunto.

De manera complementaria a la exigencia de revelar todos los hechos materiales importantes para la operación, se acostumbra requerir *representations and warranties* en relación con los hechos revelados, ya que no es suficiente darlos a conocer, sino que es necesario *garantizar* que tales hechos, tal como fueron revelados, son correctos.

¹⁸ WOLF *lb.*, p. 118.

¹⁹ WOLF, *lb.*, p. 118.

El hecho de que queden debidamente definidas en el contrato del *joint venture* las *representations and warranties* permitirá facilitar el cobro de daños, en el caso de que resulte alguna divergencia respecto de las señaladas declaraciones, puesto que puede estimarse que la parte perjudicada confió en ellas para celebrar la operación, por lo que le otorgan un mayor grado de formalidad a la operación.²⁰

Este tipo de cláusulas normalmente abarcan, entre otros, los siguientes aspectos:²¹ (1) que el vendedor se encuentra en buena posición; (2) que tiene suficiente autoridad para firmar los documentos legales en cuestión; (3) que la firma del documento legal de que se trata no viola ningún otro acuerdo; (4) que el capital accionario es el que se señala; (5) que la contabilidad está tal y como se ha declarado; (6) que el negocio del vendedor es un negocio que se encuentra en operación; (7) que no se adeudan impuestos; (8) que no habrá algún cambio en cualquiera de los términos y condiciones del acuerdo del *joint venture* antes del cierre.

La finalidad de esta cláusula es asegurar que haya responsabilidad legal por lo que las partes han manifestado o declarado, dado que la otra parte confía en esas manifestaciones o declaraciones. De manera semejante al *disclosure* y cláusulas relacionadas, se pretende proteger a las partes de una declaración errónea, sea oral o escrita, o contenida en documentos.²²

También se suele agregar una disposición que protege a las partes de las consecuencias jurídicas que podrían derivarse del conocimiento, por parte de sus agentes, de los hechos que impliquen violación a las declaraciones del *joint venture*. Los agentes podrían omitir comunicar tales hechos a los *venturers*. Para evitar repercusiones adversas por la señalada eventual omisión, se establece que los hechos en cuestión, conocidos por los agentes, no se consideran, a la vez, conocidos por las partes.²³

Asimismo, se suelen ampliar y actualizar las *representations and warranties* en un plazo posterior al cierre de la operación, por lo que las partes

²⁰ WOLF, *ib.*, p. 53.

²¹ A lo largo de nuestro trabajo hemos referido otros aspectos que pueden formar parte de la referida disposición.

²² WOLF, *ib.*, p. 120.

²³ WOLF, *ib.*, p. 121.

se obligan a dar a conocer los cambios que hubiere habido en los hechos referidos en ellas.

4.3.8. Cláusula sobre ausencia de cambios substanciales (*absence of material changes*).

Esta es una de las cláusulas más importantes del *joint venture agreement* y su propósito es asegurar que no habrá variaciones o alteraciones substanciales en los bienes ni en la situación económica del vendedor o de la sociedad en la que se hará la inversión, entre la fecha de firma del *joint venture agreement* y la fecha en que se materialice la operación. Esta cláusula debe ser amplia y habrá de cubrir todos los aspectos importantes de los bienes de la sociedad subyacente. También se conoce como *no material adverse change clause*.²⁴

Esta cláusula se complementa con la cláusula *disclosure* y en todos los casos, el *joint venture agreement* debe exigir la actualización del contenido de ambas cláusulas con un breve tiempo de anticipación al cierre de la operación.²⁵

Los aspectos que comúnmente abarca esta cláusula se listan enseguida:

- 1) No disposición de cualquier activo material excepto en el curso ordinario del negocio;
- 2) No desperdicio o destrucción de los activos materiales;
- 3) No venta u otra forma de transferencia de cualquier activo material;
- 4) No venta de una parte substancial del inventario;
- 5) No gastos de capital;
- 6) No cambios en la estructura del capital; esto significa no más emisión de acciones, ni adquisición de acciones (acciones de tesorería), o redención de acciones;
- 7) No declaración de dividendos;
- 8) No ejercicio de opciones, garantías o *puts* (poner en venta)
- 9) No formación de subsidiarias;

²⁴ Cfr. WOLF, *lb.*, pp. 52, 119.

²⁵ Cfr. WOLF, *lb.*, pp. 52, 120.

- 10) No pedir préstamos excepto como se refleja en la hoja de balance antes del cierre;
- 11) No asumir nuevas responsabilidades materiales;
- 12) No pago o satisfacción de cualquier obligación acumulada o contingente excepto la que se refleja en la hoja de balance previa al cierre;
- 13) No pago previo de cualquier responsabilidad como se refleja en la hoja de balance previa al cierre;
- 14) No hipotecas, gravámenes o cargas se han creado;
- 15) No renuncia de deuda alguna
- 16) No venta u otra forma de transferencia de cualesquier derechos intangibles tales como derechos de autor, marcas o patentes;
- 17) Ningún incremento a compensación a ningún empleado;
- 18) No enmienda a ningún contrato material o significativo;
- 19) Ningún nuevo contrato o cualesquier otra forma incluyendo todas con subsidiarias o afiliadas;
- 20) No delegación de poderes o representación a ningún tercero en la forma de un poder legal;
- 21) No asumir negociaciones u obligaciones contractuales que conciernan la venta de la compañía de la que se trata, o sus acciones; y finalmente, una frase efectiva que abarca todo;
- 22) Hecho u omitido realizar cualquier acto que pudiera afectar los derechos del comprador a esta acuerdo de *joint venture*.²⁶

²⁶ (1) No disposition of any material assets except in the ordinary course of business;
 (2) No waste or destruction as to the material assets;
 (3) No sale or other form of transfer of any material asset;
 (4) No sale of substantial part of inventory;
 (5) No capital expenditures;
 (6) No changes to capital structure; this means no further issues of shares, no acquisition of shares (treasury stock), no redemption of shares;
 (7) No declaration of dividends;
 (8) No exercise of options, warrants or puts;
 (9) No formation of any subsidiaries;
 (10) No borrowings, except as reflected in the balance sheet prior to closing;
 (11) No assumption of new, material liabilities;
 (12) No payment or satisfaction of any obligations, accrued or contingent, except as reflected in the balance sheet prior to closing;
 (13) No prepayment of any liability except as reflected in the balance sheet prior to closing;
 (14) No mortgages, encumbrances or liens have been created;
 (15) No waiver of any debts;
 (16) No sale or other form of transfer of any intangible rights such as copyright, trademarks or patents;
 (17) No material increase in compensation to any employee;

Es práctica común incluir en el acuerdo del *joint venture*, las tres cláusulas analizadas: (1) la cláusula relativa al *disclosure*, (2) cláusula *no material adverse change* y (3) cláusula de *representations and warranties*. Aún cuando hay una repetición de ideas en ellas, se fundan en diferentes teorías que se complementan.²⁷

4.3.9. *Subsistencia del joint venture agreement.*

Un punto que se ha discutido en la doctrina es el de la subsistencia del *joint venture agreement* una vez que se constituye la sociedad a través de la cual se cumplirá el acuerdo.

Los puntos de vista son encontrados. Marzorati sostiene que el hecho de que se forme una *corporation* a la cual se transfieren los activos del *joint venture*, no es incompatible con la subsistencia de éste, si tal fue la intención de las partes.²⁸ Dicha opinión tiene sustento en decisiones judiciales norteamericanas, en las que se resolvió de esa manera.

Las corrientes doctrinales que sostienen que el contrato de *joint venture* desaparece al constituirse la sociedad, parten de la hipótesis de que éste es un *contrato preparatorio de sociedad*.

No debe equipararse el *joint venture agreement* con un *contrato preparatorio de sociedad*. El contrato de *joint venture* es distinto. En dicho contrato las partes establecen la forma como realizarán un determinado emprendimiento en conjunto, lo que implica convenir, entre otros múltiples aspectos, el medio que utilizarán para llevarlo a cabo, entre los cuales podría

(18) No amendment to any significant or material contracts;

(19) No new contracts of any form whatsoever with subsidiaries or affiliates;

(20) No delegation of powers of representation to any third party in the form of a power of lawyer;

(21) No negotiations or contractual obligations assumed concerning the sale of the subject company, or its shares; and, finally, an effective catch-all phrase;

(22) 'Done or omitted to do any act which could affect the rights of the buyer to this joint venture agreement'.

²⁷ WOLF, *op. cit.*, p. 53-54.

²⁸ Cfr. MARZORATI Osvaldo J., *Alianzas Estratégicas y Joint Venture*, Astrea, Buenos Aires 1997, p. 148.

estar la constitución de una sociedad o la celebración de cualquier otro contrato.

Nos inscribimos en la corriente doctrinal que estima que el contrato de *joint venture* puede subsistir a la celebración de la sociedad que ejecutará el acuerdo.

Hemos destacado en otro lugar²⁹ que el *joint venture* es un contrato en el que las partes precisan los medios que emplearán para desarrollar una actividad conjunta, que les permita alcanzar la finalidad que se han propuesto. De esta manera, el *joint venture agreement* constituye un acuerdo regulador de la referida actividad, de tal manera que se coloca en un plano superior al resto de los negocios jurídicos que de éste se derivan y rige a la operación en su totalidad. La propia sociedad que se llegara a utilizar como medio para ejecutar el acuerdo quedará sujeta a las disposiciones del *joint venture*.

De ahí la importancia de que el *joint venture agreement* conserve su eficacia con posterioridad a la ejecución de los acuerdos en él contenidos, por lo que es conveniente que se defina con claridad en el *joint venture agreement* la subsistencia del acuerdo, aún cuando se hayan ejecutado los negocios jurídicos que en éste se previeron.

En el acuerdo de *joint venture* se incluyen una serie de disposiciones que es conveniente que perduren, por ejemplo: el caso de las *representations and warranties*, la obligación de revelar la información que pudiera alterar o modificar los términos y condiciones del *joint venture (disclosure)*, así como la cláusula que se refiere a la inexistencia de algún cambio substancial en los bienes y en la situación financiera de la empresa (*absence of material changes*).

Asimismo, el acuerdo constituye una excelente fuente de interpretación de la voluntad de las partes, que permitirá resolver los problemas futuros que surjan entre ellas. En el proemio del *joint venture agreement* se debe hacer referencia a los propósitos, a las expectativas y a las razones que consideraron las partes para celebrar el *joint venture*; de hecho, se sostiene que un *joint venture agreement* bien redactado habrá de contemplar dichos aspectos.³⁰

²⁹ Vide *supra* puntos 3.1 del capítulo segundo de esta primera parte.

³⁰ WOLF, *op. cit.*, p. 126.

Desde luego que algunos puntos previstos en el *joint venture agreement* podrían haberse modificado o sustituido por otros, al ejecutarse el acuerdo, por ejemplo: pensemos en la celebración de alguno de los contratos derivados, cuyo contenido difiera, en ciertos aspectos, de lo convenido por las partes al suscribir el contrato de *joint venture*; así podría suceder, también con otras partes del acuerdo, tales como: contratos celebrados en términos distintos a los previstos en las *promesas de contrato* establecidas; la compra de acciones, la constitución de una sociedad mercantil, la modificación estatutaria o el incremento del capital social de determinada sociedad, ejemplos todos ellos de actos cuya celebración podría haberse pactado de una forma y finalmente ejecutado en otra.

Algunas obligaciones del *joint venture* podrían referirse a prestaciones futuras. Otras disposiciones cabría considerarlas, quizá, como confusas debido a su redacción, de tal manera que sería difícil conocer si se han cumplido o se trata, en todo caso, de disposiciones que persisten.

La cuestión podría recogerse en el contrato de *joint venture* como sigue:

Las partes acuerdan que las declaraciones, los términos y condiciones de este acuerdo de *joint venture* subsistirán a todos los actos legales aquí contemplados, incluyendo el cierre. Cualquier tercera parte llamada para interpretar y resolver cualquier diferencia entre las partes a este acuerdo en el futuro, aún después de la realización de los actos legales aquí contemplados, se guiará por los principios generales de intención y obligaciones generales presentadas en este acuerdo.³¹

4.3.10. *Fuerza mayor (force majeure).*

Podría suceder que algún evento considerado como caso fortuito o fuerza mayor impida cumplir el contrato de *joint venture* en alguna de sus partes. Por ello, en el acuerdo correspondiente habrá de preverse esa

³¹ The parties agree that the representations, warranties, terms and conditions of this joint venture agreement shall survive all legal acts contemplated herein, including the closing. Any third party called upon to interpret and resolve any differences between the parties to this agreement in the future, even after the realization of the legal acts contemplated, shall be guided by the general principles of intention and general obligations set forth in this agreement.

circunstancia para eximir de responsabilidad a los *venturers* cuando el incumplimiento se atribuya a una de esas causas.

En los países en que rige el sistema del *civil law*, normalmente existen disposiciones legales que excluyen la responsabilidad tratándose del caso fortuito o de la fuerza mayor. En el derecho mexicano, el artículo 2111 del Código Civil Federal establece que:

Nadie está obligado al caso fortuito sino cuando ha dado causa o contribuido a él, cuando ha aceptado expresamente esa responsabilidad o cuando la **ley** se la impone.

En el sistema del *common law* se conoce como doctrina de la frustración e imposibilidad de cumplimiento (*impracticability*).

Tratándose de los Principios de UNIDROIT, el artículo 7.1.7 dispone que...

(1) El incumplimiento de una parte es excusable cuando se debió a un impedimento ajeno a su control y que no cabía esperar razonablemente al momento de celebrarse el contrato, o que haber (sic) evitado o superado tal impedimento o sus consecuencias.

(2) Cuando el impedimento sólo sea temporal, la excusa tendrá efecto durante un periodo de tiempo que sea razonable en función del efecto del impedimento en el cumplimiento del contrato.

(3) La **parte** incumplidora deberá comunicar a la otra el impedimento y su efecto sobre su aptitud para cumplir el contrato. Si la comunicación no fuere recibida en un plazo razonable contado a partir de que la parte incumplidora supo o debió saber del impedimento, esta parte será responsable del daño que le llegare a causar a la otra dicha falta de recepción.

(4) Nada de lo dispuesto en este artículo impedirá a una parte ejercitar el derecho a dar por terminado el contrato, o a aplazar su cumplimiento o a reclamar intereses por el dinero que se le debe.

El concepto de fuerza mayor que refieren los Principios de UNIDROIT, según el *comentario* a tales Principios, no se identifica con ninguna de las doctrinas del *civil law* ni del *common law*.³²

El artículo transcrito habrá de relacionarse con las disposiciones de los propios Principios relativas a la *excesiva onerosidad* o *hardship*, puesto que ésta y la fuerza mayor pueden presentarse conjuntamente. En tal caso, "corresponde a la parte perjudicada por los sucesos extraordinarios decidir cuál de los recursos invocar. Si alega la fuerza mayor (*force majeure*) podría ser excusada de cumplir, mientras que si invoca la excesiva onerosidad (*hardship*), en principio lo hará con el propósito de renegociar los elementos del contrato y mantenerlo en vigor, aunque adaptando las cláusulas del contrato a las circunstancias".³³

4.3.11. La cláusula sobre la excesiva onerosidad (*hardship*).

El término *hardship*, que corresponde al de *excesiva onerosidad*, es una expresión reconocida plenamente en el comercio internacional y se emplea con frecuencia en los contratos en ese ámbito.³⁴

En materia contractual rige el *principio del efecto vinculante* del contrato, conforme al cual éstos se celebran para ser cumplidos. En el derecho mexicano, dicho principio se encuentra previsto en el artículo 1796 CCF,³⁵ que se refiere a la regla *pacta sunt servanda*. De esta manera, "el contrato debe cumplirse siempre que sea posible e independientemente de la carga que ello importe para la parte obligada".³⁶

No obstante, con posterioridad a la celebración del contrato pueden presentarse circunstancias especiales que alteren *substancialmente* el equilibrio de las prestaciones, de tal manera que estas se conviertan más

³² UNIDROIT, *Principios Sobre los Contratos Comerciales Internacionales*, p. 182.

³³ Comentario al artículo 6.2.2 de los *Principios de UNIDROIT*.

³⁴ Cfr. Principios UNIDROIT, p. 156.

³⁵ Desde que se perfeccionan (los contratos), obligan a los contratantes no sólo al cumplimiento de lo específicamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza son conformes a la buena fe, al uso o a la ley (artículo 1796 CCF). Cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse (artículo 1832 CCF).

³⁶ Principios UNIDROIT, p. 155.

onerosas para una de las partes. Se trata de una situación excepcional que se conoce como *excesiva onerosidad* o *hardship*. "Consiste en una alteración fundamental del equilibrio del contrato, causada por sucesos que ocurren independientemente de la voluntad de las partes".³⁷ El Código Civil Federal no contempla esa institución.

De conformidad con el artículo 6.2.2. de los *Principios de UNIDROIT*, la *excesiva onerosidad* se presenta cuando acontecen "sucesos que alteran fundamentalmente el equilibrio del contrato, ya sea por el incremento en el costo de la prestación a cargo de una de las partes, o bien por una disminución del valor de la prestación a cargo de la otra".

La *excesiva onerosidad* sólo puede invocarse cuando el desequilibrio en las prestaciones sea *fundamental*.³⁸ Ese desequilibrio puede manifestarse de dos maneras: (1) Por el aumento en el costo de la prestación para una de las partes o (2) por la disminución de la prestación que se recibirá.³⁹

En términos de los señalados *Principios*, es preciso que concurren otros requisitos adicionales al citado desequilibrio contractual: (1) Que los sucesos tengan lugar o sean conocidos después de la celebración del contrato; (2) que sea imposible que tales sucesos hayan sido razonablemente previstos por la parte en desventaja; (3) que los hechos escapen al control de la parte perjudicada y (4) que ésta no haya asumido el riesgo de que dichos sucesos pudieran sobrevenir.

La *excesiva onerosidad* tiene relevancia respecto de prestaciones que todavía no se han cumplido y, aún cuando puede presentarse en cualquier clase de contratos, "suele tener importancia en los contratos de larga duración".⁴⁰

Los conceptos de *excesiva onerosidad* y de *fuerza mayor* pueden presentarse conjuntamente, por lo que la parte perjudicada podrá decidir cual de los dos invocar. Si alega la *fuerza mayor* podría ser excusada de cumplir, mientras que si invoca la *excesiva onerosidad*, en principio lo hará con el

³⁷ ADAME Goddard Jorge, *Contratos Internacionales en América del Norte. Régimen Jurídico*, Mc Graw Hill, primer edición, México 1999, p. 174.

³⁸ Cfr. Comentario al artículo 6.2.2. de los Principios UNIDROIT, p. 157.

³⁹ Cfr. Comentario al artículo 6.2.2. de los Principios UNIDROIT, pp. 157-158.

⁴⁰ Comentario al artículo 6.2.2. de los Principios UNIDROIT, pp. 160, 161.

propósito de renegociar los elementos del contrato y mantenerlo en vigor, aunque adaptando las cláusulas del contrato a las circunstancias.⁴¹

La parte en desventaja tiene el derecho a pedir la renegociación del contrato para adaptarlo a las nuevas circunstancias, excepto cuando el contrato prevé cláusulas que permiten la adaptación automática del contrato, a menos que ésta no contemple los hechos que ocasionan el desequilibrio.

La solicitud de renegociación debe ser presentada tan pronto como sea posible después del momento en que sucedió el hecho generador de la excesiva onerosidad. En dicha petición debe indicarse los motivos en que se basa para que la otra parte pueda determinar si se justifica o no la renegociación del contrato.⁴²

La petición de renegociación no autoriza a la parte en desventaja a suspender el cumplimiento de sus obligaciones, lo que tiene su fundamento en el carácter excepcional de la excesiva onerosidad y el riesgo de posibles abusos en el empleo de la medida. La referida suspensión sólo se justificará en circunstancias excepcionales.⁴³

De acuerdo con Adame, "la sola comprobación de que la solicitud se hizo con demora" es insuficiente para negar la negociación.⁴⁴ Según el *Comentario*, la solicitud de renegociación incompleta⁴⁵ o indebidamente fundada será considerada fuera de plazo.⁴⁶

En todo caso, en la renegociación habrá de observarse el *principio de buena fe y lealtad negocial*, así como el *deber de cooperación*.⁴⁷

Si las partes no llegan a un acuerdo acerca de la adaptación de un contrato dentro de un plazo razonable, podrán acudir a un tribunal el que podrá dar por terminado el contrato en una fecha determinada y en los términos que

⁴¹ Comentario al artículo 6.2.2. de los Principios UNIDROIT, p. 161.

⁴² Cfr. Comentario al artículo 6.2.3. de los Principios UNIDROIT, p. 163.

⁴³ Cfr. Comentario al artículo 6.2.3. de los Principios UNIDROIT, pp. 163-164.

⁴⁴ ADAME, *op. cit.*, p. 176.

⁴⁵ En este caso existe una excepción: Cuando las causas sean tan obvias que no sea necesario indicarlo detalladamente en la solicitud. (Comentario al artículo 6.2.3 de los Principios UNIDROIT, P. 163). Según Adame, "la exposición de las causas que justifican la solicitud, no es un requisito indispensable, pero sí se tomará en cuenta el hecho de haber expresado o no dichas causas y haberlo hecho con claridad (ADAME, *op. cit.*, p. 176).

⁴⁶ Cfr. Comentario al artículo 6.2.3. de los Principios UNIDROIT, p. 163.

al efecto determine,⁴⁸ o adaptar el contrato de tal modo que se restablezca su equilibrio.⁴⁹

4.3.12. Cláusula de igual oportunidad (*equal opportunity*).

Es común que las partes que concurren al *joint venture* traten de extender el negocio que han comenzado a otras actividades relacionadas con el objeto del *joint venture* o a otras áreas geográficas, para lo cual será necesario establecer empresas filiales o subsidiarias. Se trata, entonces, de lograr que las partes ejecuten sus planes de expansión en conjunto o, por lo menos, otorgándose reciprocamente la posibilidad de iniciarlos sin excluirse una a otra.⁵⁰

La cláusula de oportunidad igual obliga a cada parte a ofrecer a la otra, la oportunidad de participar en otros negocios similares o relacionados a los emprendidos por el *joint venture*, en iguales circunstancias a las que participa en éste. Se trata de un derecho de preferencia que se complementa con la cláusula de no-competencia.

De esta manera, se establece que quien pretenda comenzar un negocio deberá notificar previamente a la otra parte su intención, para que, si lo desea, participe en ese negocio en los mismos términos y condiciones con que lo hace en el *joint venture*; desde luego que la otra parte podría abstenerse de participar.

Creemos que esta cláusula podría transgredir el derecho a la libre asociación. Se ha señalado que su eficacia es principalmente moral, razón por la cual habrá de reforzarse mediante una disposición que obligue a resarcir daños y perjuicios por su incumplimiento.⁵¹

Su inclusión en el *joint venture agreement* puede lograrse en las primeras etapas de la negociación, principalmente cuando se firma la carta de

⁴⁷ Cfr. Comentario al artículo 6.2.3. de los Principios UNIDROIT, p. 164.

⁴⁸ Por ejemplo, lo que las partes se han de devolver, indemnizar o reparar, la fecha en que concluyen las obligaciones, etcétera (ADAME, *op. cit.*, p. 177).

⁴⁹ Cfr. Comentario al artículo 6.2.3. de los Principios UNIDROIT, p. 165.

⁵⁰ WOLF, *op. cit.*, pp. 56, 125.

⁵¹ WOLF, *ib.*, p. 56.

intención, momento en que las partes se hallan dispuestas a lograr la celebración del acuerdo.

Un ejemplo de éste tipo de cláusulas es el siguiente:

_____ y _____ acuerdan participar en otros negocios o sociedades directamente relacionadas con el objeto del *joint venture*, que serán llevados a cabo en la República Mexicana, en la misma proporción en la que ellos participaron en el capital de _____ en el momento de que dicho negocio sea formalizado.

Si este negocio o compañía es propuesto por _____ las partes participarán en él, con una proporción que será inversa a aquella con la cual cada uno contribuyó al capital de _____.

Por ello, la parte que concibe dicho negocio o sociedad comunicará a la otra, por escrito, el objeto y las características del negocio o sociedad, con el fin de que dentro de un periodo de 30 treinta días a la fecha de su recepción, la propuesta sea aceptada. En caso de que no haya respuesta durante y antes del periodo mencionado, se entiende que la propuesta se rechaza, y por lo tanto, la parte interesada en el negocio o sociedad podrá realizarlo con terceras partes.⁵²

4.3.13. Cláusula de no-competencia.

El análisis del *joint venture agreement* implica, por necesidad, abordar también el tema de la competencia económica, que adquiere relevancia en la materia desde dos distintos enfoques. Por un lado, la celebración de esa clase de contratos podría significar (1) la realización de *actividades monopólicas* o (2) una *concentración empresarial* prohibida por la Ley Federal de Competencia

⁵² _____ and _____ agree to participate in other businesses or companies directly related with the object of the joint venture, which will be carried-out in the Republic of Mexico, in the same proportion in which they participated in the capital stock of _____ in the moment that said business is formalized.

If this business or company is proposed by _____, the parties will participate in it, with a proportion that is inverse of that with which each one contributed to the capital stock of _____.

For this, the party that conceives said business or company will communicate with the other, in writing, as to the objective and characteristics of said business or company, in order that within a period of 30 thirty days, as of the date of its reception, the proposition is accepted. In case there is no response during the before mentioned period, it is understood that the proposition is rejected, and therefore the party interested in the business or company may do so with third parties (MMA).

Económica (en adelante LFCE),⁵³ y por otro, (3) la cláusula que el *acuerdo de joint venture* suele incluir, por la que las partes convienen limitar la competencia entre ellas, sería factible que cayera bajo la tutela de la mencionada ley.

El análisis del primero de los aspectos enunciados excede los alcances de nuestro estudio, por lo que sólo nos referiremos a la denominada *cláusula de no-competencia*, cuestión de inicio complicada dado que los intereses de las partes podrían resultar divergentes respecto a su intención de restringir la competencia; quizá una de ellas quiera conservar la libertad de entrar en cualquier negocio que considere atractivo, aún cuando implique competir con el *joint venture*, y la otra parte desee acotar dicha libertad.

Harroch recomienda que, sin desatender las implicaciones legales derivadas del *derecho de la competencia*, se incluya en el *joint venture agreement* una disposición que prevea limitaciones a la competencia.⁵⁴

Esta cláusula pretende limitar, hasta cierto grado, la actividad comercial de las partes, para impedir la competencia entre los *venturers* mismos y entre ellos y el *joint venture*, cuando se trata de negocios similares al emprendido a través de éste.

Algunas operaciones comerciales sólo son viables, desde una perspectiva económica, si se vinculan con una restricción de la competencia entre las partes que las celebran, en razón de que, como lo afirma Cabanellas, las cláusulas de no-competencia "están orientadas a asegurar el efectivo cumplimiento de determinados contratos, así como a implementar el propósito comercial de ciertas operaciones".⁵⁵ Por ello, recomienda que se evalúen cuidadosamente las soluciones adoptadas en el marco del derecho privado.

El principio de la libertad de comercio se encuentra consagrado en el artículo 5 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en cuyo sexto párrafo se establece, además, la prohibición de los convenios por los que se "renuncie temporal o permanentemente a ejercer determinada profesión, industria o comercio".

Ese principio se relaciona estrechamente con la *libertad contractual* prevista en el artículo 78 CCom y en los artículos 1796, 1832 y 1839 CCF.

⁵³ Publicada en el Diario Oficial de la Federación del 24 de diciembre de 1992.

⁵⁴ HARROCH, *op. cit.*, p. 7-76.

según los cuales, las partes se obligan en la forma y términos que aparezca que quisieron obligarse, por lo que deben cumplir con lo expresamente pactado, así como con las consecuencias que se deriven de la buena fe, de los usos o de la ley, según la naturaleza del contrato.

Es preciso referir, a manera de ejemplo, los casos relacionados con la transferencia de una negociación mercantil y las operaciones sobre activos intangibles, temas de los que se ha ocupado la doctrina para reconocer la eficacia plena de las cláusulas de no-competencia, cuya eficiencia es manifiesta, desde el punto de vista económico, "toda vez que en la ausencia de tal cláusula dicha operación... posiblemente ni siquiera se llevaría a cabo".⁵⁶

En tratándose de la transferencia de una negociación mercantil, las cláusulas de no-competencia persiguen garantizar al comprador el goce de la clientela como elemento indispensable de aquella. Como lo resalta Cabanellas, "el valor del fondo de comercio sufrirá una disminución en la medida que el vendedor pueda atraer" la clientela, cuando ésta se halla vinculada de tal manera a éste por su prestigio personal, por costumbre, fidelidad, u otras causas.⁵⁷

Cuando la operación incluye la adquisición de activos intangibles, la prohibición de competencia cumple una papel fundamental, dada la naturaleza de tales bienes. Cuando se trata de activos tangibles, la mera entrega de ellos es suficiente para garantizar su disposición al comprador, circunstancia que no sucede con los activos intangibles, que aún cuando se transfieren, quedan en el vendedor, por lo que permitir que éste pueda disponer de ellos, además de perjudicar al comprador, reduce su valor y, como consecuencia, el valor total de la negociación adquirida.⁵⁸

El estudio de los efectos que los referidos acuerdos producen sobre la libre competencia y concurrencia habrá de analizarse en cada caso, como lo ha reconocido la Comisión Federal de Competencia, "considerando la estructura y

⁵⁵ CABANELLAS de las Cuevas Guillermo, *Derecho Antimonopólico y de Defensa de la Competencia*, Heliasta, primera edición, Buenos Aires 1983, p. 465.

⁵⁶ AGUILAR Álvarez de Alba Javier B., *La Libre Competencia*, Oxford, primera edición, México 2000, p. 93.

⁵⁷ Cfr. CABANELLAS, *op. cit.*, p. 467.

⁵⁸ Cfr. AGUILAR, *op. cit.*, p. 92.

los competidores en cada uno de los mercados, examinando la justificación o eficiencia de la cláusula".⁵⁹

Sin embargo, en todo caso, los referidos acuerdos habrán de quedar circunscritos en cuatro aspectos fundamentales: (1) A las partes contratantes, (2) a la actividad que pretende desarrollarse a través del *joint venture*, (3) al ámbito geográfico en el que la mencionada actividad se desplegará y (4) habrán de tener un límite temporal en el que la prohibición de competir será eficaz.⁶⁰

Según Harroch, la cláusula que restringe la competencia debe contener la identificación precisa de las actividades a las que se aplicará la restricción, lo que evitará discusiones futuras respecto del alcance de la referida cláusula; la determinación del área geográfica que abarca la limitación y el periodo durante el cual la señalada limitación producirá efectos. Esta disposición habrá de vincularse con el objeto del *joint venture*.⁶¹

La cláusula que limita la competencia puede abarcar las actividades que realizan las partes en forma directa o indirecta, a través de otras personas, como sucede cuando se participa en una sociedad mercantil, que es la que en última instancia desarrolla la actividad. También puede incluir, como lo ha puesto de manifiesto Aguilar Álvarez de Alba, a los agentes comerciales o empresas subsidiarias⁶² o filiales.

En principio, el alcance de la prohibición de competir habrá de limitarse a la actividad que pretende desarrollarse mediante el *joint venture*. No obstante, el hecho de que alguna de las partes tenga poder sustancial en el mercado relevante será fundamental (1) en la consideración de las actividades que quedarán sujetas a la apuntada prohibición y (2) al tiempo en que ésta podría estar en vigor.

Las cláusulas de no competir son especialmente dañinas para la competencia cuando alguno de los agentes involucrados tiene un poder sustancial en el mercado relevante. Por ello, la cláusula de no competir puede extenderse más allá del ámbito de los productos o servicios implicados, sin que

⁵⁹ AGUILAR, *ib.*, p. 101.

⁶⁰ Cfr. AGUILAR, *ib.*, pp. 101, 103.

⁶¹ Cfr. HARROCH, *op. cit.*, p. 7-77.

⁶² Cfr. AGUILAR, *op. cit.*, p. 95.

se entiendan por eso traspasados los límites del ámbito de los productos establecido.⁶³

Puede darse el caso de que la transferencia abarque sólo una parte de los activos del vendedor, supuesto en el que "no parece ser necesario que el adquirente sea protegido de la competencia del vendedor en actividades desempeñadas por la parte del negocio que éste último retiene".⁶⁴

La cláusula que se analiza debe limitarse, también, al área geográfica en la que el transmitente "ha producido o comercializado bienes o servicios con anterioridad", por lo que sería difícil estimar la eficiencia de la prohibición en aquellos lugares en los que la actividad del vendedor no se ha desarrollado.⁶⁵

Por lo que se refiere a la duración de la prohibición, ésta dependerá (1) del plazo de depreciación del activo intangible transferido, (2) de la naturaleza de los activos transmitidos, (3) de la actividad que pretende desarrollarse a través del *joint venture* y (4) del poder de mercado del comprador, aspectos que inciden en la consideración de la eficiencia de la cláusula en cuestión, que habrá de analizarse en cada caso, como ha quedado señalado.

En términos generales, la Comisión Federal de Competencia ha definido que habrán de analizarse "con cuidado aquellas cláusulas de no competir que contienen una duración de más de cinco años o cuyo objetivo no es la transferencia de canales de distribución u otros elementos similares, pues este tipo de cláusulas pudieran encubrir o implicar restricciones contrarias a la competencia".⁶⁶

Al respecto, Aguilar Álvarez de Alba propone como *reglas de dedo* para facilitar el análisis de la duración a la que quedará sujeta la prohibición de no-competir, las siguientes:

a) Las cláusulas de no competir con una duración de entre cero y cinco años pueden ser válidas cuando:

La empresa compradora dispone de mayor poder, prestigio, reputación, experiencia y conocimiento del mercado que el vendedor, de modo que este

⁶³ AGUILAR, *ib.*, p. 103

⁶⁴ AGUILAR, *ib.*, p. 95.

⁶⁵ Cfr. AGUILAR, *ib.*, p. 95.

⁶⁶ AGUILAR, *ib.*, p. 101.

último difícilmente podría actuar de manera oportunista y aprovechar la información confidencial respecto a los activos intangibles.

La transacción implica solamente activos intangibles tales como el conocimiento de mercado, la reputación de la empresa o la lealtad de los consumidores (en este caso una duración de dos años generalmente es suficiente).

La transacción implica activos intangibles de conocimiento de investigación y desarrollo, pero el mercado es tal que hay cambios tecnológicos muy acelerados (como es el caso actual de las telecomunicaciones y la informática) que dejan rápidamente en la obsolescencia a otros bienes y servicios.

b) Las cláusulas de no competir con una duración mayor a cinco años sólo pueden ser válidas cuando:

Los activos objeto de la transacción están relacionados con actividades de investigación y desarrollo o en sectores que requieren grandes inversiones y cuyo período de recuperación es largo. Éste es el caso de los sectores donde las innovaciones y el desarrollo de nuevos productos son largos.⁶⁷

En el derecho estadounidense y canadiense, las concentraciones para investigación y desarrollo quedan fuera de la regulación *antitrust*.⁶⁸

En algunas ocasiones, la limitación de la competencia puede derivarse de restricciones contenidas en determinados contratos de tecnología, por ejemplo: un contrato de licencia de tecnología que establezca la prohibición para el licenciante de usar la tecnología en un negocio que compita con el *joint venture* y viceversa, que prohíba a éste el empleo de la tecnología en negocios que representen competencia con el licenciante.⁶⁹

Una forma efectiva para establecer la restricción a la competencia en el ámbito del derecho comunitario –según lo afirma Wolf– consiste en: (1) establecer en el contrato que durante su vigencia y hasta la implementación del *joint venture*, no habrá competencia entre las partes, disposición que se ha considerado como una restricción contractual pactada para no violar el convenio para formar un *joint venture*, que es por sí misma, una restricción a la

⁶⁷ AGUILAR, *ib.*, 104

⁶⁸ Cfr. PEREZNIETO Castro Leonel y Renato Roberto Guerrero Serrau, *Derecho de la Competencia Económica*, Oxford, México 2002, pp. 26, 32, 37, 38.

⁶⁹ Cfr. HARROCH, *op. cit.*, p. 7-77.

competencia; y, (2) condicionar la entrada al *joint venture* a la inclusión de la *cláusula de oportunidad igual*,⁷⁰ que ya se ha explicado.

4.3.14. Modificaciones.

Se acostumbra establecer en el contrato de *joint venture* que las modificaciones o adiciones sólo serán válidas si se celebran por escrito.

El artículo 1803 del Código Civil Federal prevé la posibilidad de que la voluntad expresada por las partes solo tenga efectos jurídicos cuando se realice en la forma acordada entre ellas, lo que significa que puede establecerse que las modificaciones o adiciones consten por escrito, requisito sin el cual no surtirán efectos.

El artículo 2.18 de los Principios de UNIDROIT establece que...

Todo contrato escrito con cláusula que exija que toda modificación o extinción sea por escrito, no podrá ser modificado ni extinguido, sino por ese medio. No obstante, cualquiera de las partes quedará vinculada por sus propios actos y no podrá valerse de dicha cláusula en la medida en que la otra parte hubiere actuado confiando en dicha conducta.

Este artículo coincide con el artículo 29 (2) de la Convención de Naciones Unidas sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías.

Según el *comentario* de los Principios, ese artículo establece la regla de que la modificación o extinción verbal del contrato será ineficaz, cuando se haya pactado que serán por escrito.

La excepción a esa regla general se encuentra en los propios actos de una de las partes; cuando la otra parte haya actuado confiando en esos actos, aquella quedará vinculada en los términos de su conducta, lo que le impedirá prevalerse del acuerdo respecto a la modificación o extinción por escrito del contrato.

El punto que habría que considerar sería si el intercambio de comunicaciones escritas entre las partes, en las que se modifica o adiciona el *joint venture agreement* podría producir efectos jurídicos. Nos inclinamos por la

⁷⁰ Cfr. WOLF, *op. cit.*, p. 56.

respuesta afirmativa, puesto que se estaría colmando uno de las formalidades indispensables para producir la modificación o adición: la escritura. Para ello es intrascendente que la voluntad conste en el mismo documento modificatorio o por separado.

El hecho de no incluir esta cláusula en el *joint venture agreement* sería una omisión inexcusable, dado que gran parte de los litigios se centran no sólo en modificaciones informales escritas, sino también en modificaciones verbales.⁷¹ Dicha cláusula tiene relación directa con la *cláusula de acuerdo total*.

4.3.15. *Cláusula de acuerdo total.*

Esta disposición del *joint venture agreement* se refiere a que los acuerdos previos celebrados entre las partes han quedado subsumidos o considerados en él, por lo que su contenido constituye la expresión final de la voluntad de las partes.

El contrato de *joint venture* deviene, de esta forma, el instrumento final de los términos y condiciones que las partes habían venido negociando; si existe alguna diferencia o algunos aspectos se omitieron en la redacción del documento final, sólo a éste habrá que remitirse.

El artículo 2.17 de los Principios de UNIDROIT denomina a esta disposición como *cláusula de restricción probatoria*, que en la práctica recibe, además, el nombre de *cláusula de fusión o de integración (merger clauses)*. De acuerdo con ese artículo...

Todo contrato escrito que contenga una cláusula indicativa de que lo allí contenido expresa todo lo acordado, no puede ser contradicho o complementado mediante prueba de declaraciones o de acuerdos anteriores. No obstante, tales declaraciones o acuerdos podrán utilizarse para interpretar lo escrito.

Esta cláusula es más efectiva que la cláusula relativa a las modificaciones. Wolf señala que los tribunales rehúsan otorgar mayor eficacia a

los acuerdos previos, que al *joint venture agreement*; se ha considerado que esos acuerdos han sido renegociados.⁷² No obstante, persiste la posibilidad de estimar los acuerdos previos como elementos a considerar para la interpretación del contenido del contrato de joint venture, cuando éste sea oscuro o ambiguo en alguna de sus partes.

4.3.16. Cláusula sobre el curso ordinario del negocio (*ordinary course of dealing*).

En esta cláusula se establece que la empresa en la que una de las partes realizará la inversión será administrada en la misma forma en que se venía realizando cuando se tomó la decisión de participar en ella, de tal manera que se prohíbe a los socios introducir nuevos métodos de administración o efectuar adquisiciones substanciales o enajenaciones y reemplazos de bienes, excepto aquellos que se realicen en el curso ordinario del negocio.⁷³ El contenido de la cláusula podría ser el siguiente:

El vendedor continuará el negocio (u obligará a la sociedad, la entidad que está siendo vendida o en la cual se está realizando la adquisición) en la misma forma consistente y diligente como lo había venido realizando con anterioridad a este acuerdo y, en particular, mantendrá intacto en todos los aspectos materiales el negocio, las relaciones financieras, los contratos de empleo, el acuerdo de consulta de terceras partes y en general dará todos aquellos pasos para preservar la buena voluntad del vendedor y su reputación en el mercado relevante.⁷⁴

⁷¹ WOLF, *ib.*, p. 59.

⁷² WOLF, *ib.*, pp. 59, 129.

⁷³ Cfr. WOLF, *ib.*, p. 38.

⁷⁴ The seller shall continue business [or obligate the company, the entity being sold or in which a purchase is being made] in the same consistent, diligent manner as prior to this agreement and in particular maintain intact in all material aspects the business relationships, financial relationships, employment contracts, third party agreements of consultancy and in general take all those steps consistent with preserving the goodwill of the seller and its reputation in the relevant market.

4.3.17. Cuestiones ambientales.

En el *joint venture agreement* se suele incluir una cláusula en la que se reconoce que no ha habido violación a las disposiciones legales en materia ambiental y que tampoco se ha recibido notificación alguna por parte de las autoridades, respecto de reclamaciones presentadas por terceros en contra de la empresa por infracciones a tales disposiciones.⁷⁵

La importancia de esta cláusula está en el riesgo que representa vincularse en una empresa en la que ha habido infracciones a las normas ecológicas, especialmente por las sanciones económicas que tales infracciones pueden representar.

El vendedor declara que está cumpliendo con todas las leyes ambientales aplicables; que no ha recibido notificación de cualquier violación, y que no hay procedimientos pendientes relativo a tales violaciones.⁷⁶

Esta cláusula puede complementarse, cuando la naturaleza de la operación lo requiera, con una manifestación de que durante las actividades de la empresa no se ha originado la emisión, descarga o producción de sustancias peligrosas.⁷⁷

4.3.18. Confidencialidad.

Al tema específico del acuerdo de confidencialidad hemos dedicado un espacio específico en el capítulo segundo de la segunda parte de esta obra. No obstante, debemos adelantar que la obligación de las partes de conservar en secrecía la información que llegaran a obtener por su vinculación a través del *joint venture*, habrá de quedar contemplada en el contrato, aún cuando la referida obligación se hubiera incluido con anterioridad durante las negociaciones.

⁷⁵ Cfr. WOLF, *op. cit.*, pp. 50, 116.

⁷⁶ The seller represents and warrants it is in compliance with all applicable environmental laws, that it has received no notice of any violation, that there are no known proceedings pending concerning any such violations.

⁷⁷ Cfr. WOLF, *op. cit.*, p. 50.

Las partes deben mantener, en todo momento, toda la información, comercial, técnica e industrial y *know how* que poseen o lleguen a poseer por su relación en los negocios derivados de este contrato y del contrato mismo, bajo el más estricto control y discreción, para lo cual bajo ninguna circunstancia dicha información o secretos comerciales, técnicos o industriales podrán ser revelados durante la vigencia de este *joint venture* o durante la participación de _____ en el capital de _____, hasta un período de 5 años después de la terminación del *joint venture* referido, o al de la fecha que _____ ya no sea socio o accionista de _____, lo último que ocurra.⁷⁸

4.3.19. *Cláusula de derecho aplicable.*

Uno de los problemas que se presentan, especialmente tratándose de contratos internacionales, es el de la determinación del derecho aplicable a la relación contractual, puesto que ésta podría verse vinculada a diversos sistemas jurídicos cuyas normas reclamen su aplicación simultánea.

Una manera efectiva de resolver dicho problema es mediante la elección por las partes, en el propio contrato o en instrumento separado, del derecho aplicable. Este puede ser, incluso, un conjunto de normas de derecho que no provengan de un órgano legislativo de determinado Estado o de un tratado o convención, como el caso de los *Principios sobre los Contratos Internacionales* elaborados por el *Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado*, conocidos como *Principios de UNIDROIT*, o los *International Commercial Terms* (INCOTERMS 2000) de la *Cámara de Comercio Internacional*.

De acuerdo con los propósitos de los *Principios de UNIDROIT* expresados en el *Preámbulo*,

⁷⁸ The parties must, at all times, maintain all information, commercial, technical, and industrial knowledge and know how that they possess or come to possess, by means of their relation in the businesses derived through this contract and the same contract, under the most strict control and discretion, for which under no circumstance may said information or commercial, technical or industrial secrets be revealed during the duration of this joint venture or during the participation of _____ in the capital stock of _____, up to a period of 5 years after the termination of the referred to joint venture, or as of the date that _____ is no longer a partner-shareholder of _____, whichever occurs lastly (MMA).

Ellos deberán aplicarse cuando las partes hayan acordado someter el contrato a sus disposiciones.

Estos Principios pueden aplicarse cuando las partes hayan acordado que el contrato se rija por los "principios generales del derecho", la "*lex mercatoria*" o expresiones semejantes.

La *cláusula de derecho aplicable* es la estipulación por medio de la cual las partes precisan el derecho sustantivo que regirá la relación contractual que los vincula.

En México, la eficacia jurídica de esa clase de disposiciones convencionales encuentra sustento en normas de derecho interno y de derecho internacional.

En el ámbito interno, la fracción V del artículo 13 del Código Civil Federal (en adelante CCF) establece:

Salvo lo previsto en las fracciones anteriores, los efectos jurídicos de los actos y contratos se regirán por el derecho del lugar en donde deban ejecutarse, a menos que las partes hubieren designado válidamente la aplicabilidad de otro derecho.

Esta disposición regula el principio tradicional *lex loci executionis* según el cual los efectos jurídicos de los actos o contratos se regirán por el derecho del lugar en donde deban ejecutarse, que en nuestro sistema jurídico admite como excepción que las partes designen la aplicación de otro derecho.

Como lo sostiene Pereznieto, la autonomía de la voluntad permite que las partes determinen como aplicable al negocio jurídico cualquier derecho, siempre que esta designación no contravenga al orden público mexicano, no se haga en fraude a la ley, ni que la libre voluntad encuentre un límite en una norma de aplicación inmediata.⁷⁹

En efecto. Puede darse el caso que el derecho extranjero elegido resulte inobservable por haberse estipulado para evadir principios fundamentales de nuestro derecho, o bien, porque sea contrario al orden público mexicano,

supuestos que representan excepciones a la aplicación del derecho extranjero en nuestro país, tal como lo previene el artículo 15 CCF.

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.

Ahora bien. Según la fracción V del artículo 13 CCF, las partes sólo pueden someter al derecho extranjero los efectos jurídicos de los actos, convenios y contratos.⁸⁰ La forma y el perfeccionamiento de éstos se rige por el principio *locus regit actum* previsto en la fracción IV del mismo artículo, conforme al cual "la forma de los actos jurídicos se regirá por el derecho del lugar en que se celebren", por constituir una salvedad a las que se refiere la primera parte de la referida quinta fracción.

En ocasiones, la determinación del lugar de celebración de un contrato puede resultar complicada. Como lo sugiere López Velarde,⁸¹ para evitar el señalado inconveniente puede acudirse a tres distintas soluciones:

La primera consiste en determinar, desde el inicio de las negociaciones, el lugar donde se perfeccionará el contrato y, una vez que este se celebre, se precise que es en ese mismo lugar en el que se han satisfecho los requisitos de forma para la validez del contrato, o bien, que se condicione la efectividad del contrato a que se cumplan los requisitos de validez conforme a determinado derecho.

Una segunda solución es estipular en el contrato que éste se ha perfeccionado conforme al derecho de determinado lugar, aún cuando materialmente se esté celebrando en otro.

⁷⁹ Cfr. PEREZNIETO Castro Leonel, *Derecho Internacional Privado*, Oxford, Séptima Edición, México 1999, pp. 231-232.

⁸⁰ Cfr. LOPEZ Velarde Rogelio, El Sometimiento al Derecho Extranjero por medio de la Cláusula de Derecho Aplicable, en *Juridica* – Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, número 23, año 1994, pp. 430-431.

⁸¹ Cfr. LÓPEZ, *ib.*, pp. 433, 434.

Por último, también se ha recomendado que al celebrar un contrato internacional se cumpla con los requisitos de existencia y de validez de dos o más sistemas jurídicos con los que el contrato presente puntos de conexión.

En el orden internacional, de conformidad con el artículo 7 de la *Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales*⁸², conocida como *Convención de México*, el contrato se rige por el derecho elegido por las partes. Esta disposición es similar a la del artículo 3 (1) del *Convenio sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales* o *Convenio de Roma*.⁸³ La referida norma agrega:

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 última parte del artículo transcrito permite que el contrato se rija, en distintas de sus partes, por el derecho de diversos sistemas jurídicos, técnica que se conoce como *depeçage*, que significa *desmembramiento*. Ello se admite tanto como expresión de la voluntad de las partes, como en defecto de elección de ellas.⁸⁴ Al respecto, el primer párrafo del artículo 4 de la *Convención de México* dispone:

No obstante, si una parte del contrato fuera separable del resto del contrato y tuviese una conexión más estrecha con otro país, podrá aplicarse, a título excepcional, esta parte del contrato la ley de este otro país.

⁸² Suscrita en la ciudad de México, el 17 de marzo de 1994, en la *Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado* (CIDIP V)

⁸³ Hecho en Roma el 19 de junio de 1980. Cuenta con dos Protocolos de interpretación: Primer Protocolo relativo a la interpretación del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Segundo Protocolo por el que se atribuyen al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas determinadas competencias en materia de interpretación del Convenio de Roma. Ambos hechos en Bruselas el 19 de diciembre de 1988.

⁸⁴ *Cfr.* PEREZNIETO Castro Leonel y Jorge Alberto Silva Silva, *Derecho Internacional Privado, Parte Especial*, Oxford, México 2000, p. 277.

Como lo sostiene Marina Vargas, "esta técnica es conveniente en contratos internacionales con múltiples prestaciones y cuyos elementos pueden individualizarse fácilmente por gozar de un alto grado de autonomía".⁸⁵ Lo mismo podemos señalar respecto de relaciones jurídicas complejas que implican una *conexidad de contratos*, para regir, de manera distinta, cada contrato.

La Convención de México consagra "el principio según el cual las partes tienen la libertad de acordar en cualquier momento que a su contrato se aplique una ley distinta, siempre que no se afecte la validez del contrato ni los derechos de tercero".⁸⁶

Es preciso tener presente que, conforme con las normas mexicanas, la elección del derecho aplicable a un contrato no requiere que éste guarde algún punto de contacto con el sistema jurídico del que aquel derive. Por lo tanto, "se admite una libertad no sujeta a la restricción de la 'relación efectiva' ".⁸⁷

4.3.20. Los mecanismos para la resolución de controversias.

También deben establecerse en el *joint venture* los mecanismos para la resolución de controversias. Estos métodos pueden consistir en la mediación, el arbitraje, o en su caso, en la revisión del punto por ejecutivos de más alto nivel en el *joint venture*.

Esta última forma se presenta cuando los acuerdos del consejo de administración del *joint venture* no pueden tomarse, y por lo tanto, se hallan en una situación de *impasse*, supuesto en el que puede establecerse que la decisión se envíe a los gerentes ejecutivos de las partes del *joint venture*, o algún otro órgano de mayor jerarquía para que resuelva.

Cuando el arbitraje se administre por la Cámara de Comercio Internacional, la cláusula arbitral podría redactarse como sigue:

⁸⁵ VARGAS Gómez-Urrutia Marina, *Contratación Internacional en el Sistema Interamericano*, Oxford, primera edición, México 2000, p. 110.

⁸⁶ PEREZNIETO, *op. cit.*, p. 277. Artículo 3 párrafo segundo de la Convención de México.

⁸⁷ VAZQUEZ Pando Fernando Alejandro, *Nuevo Derecho Internacional Privado*, Themis, segunda edición, México 2000, p. 82.

Cualquier controversia que se suscite por la interpretación, cumplimiento o incumplimiento del presente contrato, las partes se someten al arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, con sede en París, que se tramitará de acuerdo con el Reglamento de Conciliación y Arbitraje de dicha Cámara, y conforme al cual se nombrará Arbitro que conozca de controversia. El procedimiento arbitral se llevará en idioma inglés, y el laudo arbitral o resolución definitiva que se dicte será redactada, además, en español.

Capítulo V

ASPECTOS SOCIETARIOS DEL *JOINT VENTURE*. TRANSMISIÓN DEL CONTRATO Y TERMINACIÓN.

5.1. Aspectos societarios del *joint venture*. 5.1.1. Derecho de las minorías. 5.1.1.1. Las minorías en las asambleas. 5.1.1.2.. Las minorías en los órganos de administración. 5.1.1.3. Las minorías en los órganos de vigilancia. 5.1.2. Aspectos contables. 5.1.3. Administración del *joint venture*. 5.2. Transmisión del carácter de parte en el *joint venture*. 5.2.1. El derecho a la primera opción o *right of first refusal*. 5.2.2. El derecho a la primera oferta o *first offer right*. 5.2.3. El derecho a agregarse o *tag-along right*. 5.2.4. El derecho a prolongar o *drag-along right*. 5.2.5. Aspectos generales. 5.3. Terminación del *joint venture*. 5.3.1. Cuestiones previas. 5.3.2. Las causas de terminación. 5.3.2.1. Por el vencimiento del plazo. 5.3.2.2. Por mutuo disenso. 5.3.2.3. Por la voluntad unilateral de una de las partes. 5.3.2.4. Por la muerte de uno de los *venturers* o por la disolución de alguna de las sociedades parte del *joint venture*. 5.3.2.5. Por incurrir en situaciones de *impasse*. 5.3.2.6. La resolución por incumplimiento de obligaciones. 5.3.2.6.1. El derecho a subsanar el incumplimiento. 5.3.2.6.2. El plazo adicional para el cumplimiento. 5.3.3. Las consecuencias de la terminación. 5.3.4. Los mecanismos de salida. 5.3.4.1. *Puts and calls options*. 5.3.4.2. *Buy-sell device*. 5.3.4.3. Otros mecanismos de salida. 5.3.5. La indemnización de los daños y perjuicios. 5.3.6. La liquidación del *joint venture*.

5.1. ASPECTOS SOCIETARIOS DEL *JOINT VENTURE*.

Cuando se trata de un *joint venture* societario, el contrato de base precisa la clase de sociedad que las partes emplearán para su ejecución. Recuérdese que esa especie de *joint venture* puede acudir a (1) una *persona jurídica* ya constituida o (2) que se constituirá con la señalada finalidad.

Uno de los aspectos que suelen considerarse para la elección del tipo societario es el régimen de responsabilidad limitada de los socios. En el Derecho mexicano, la sociedad anónima y la sociedad de responsabilidad limitada permiten la señalada limitación. Wolf recomienda que, a menos que

existan *buenas razones* para considerar lo contrario, se adopte una figura societaria que contemple otra forma de responsabilidad.¹

En México, la inversión extranjera directa que proviene de los Estados Unidos de América se canaliza, en algunos casos, mediante sociedades de responsabilidad limitada, debido a que esa forma de inversión representa, para los inversionistas, ventajas fiscales en su país.

Además de definir la clase de sociedad que servirá como vehículo para cumplir el *joint venture*, el acuerdo contempla comúnmente puntos relacionados con (1) las asambleas, (2) *los derechos de voto*, (3) la administración, (4) la vigilancia de la sociedad, (5) *la protección de las minorías*, (6) la información financiera y algunas cuestiones de contabilidad, etcétera. Los primeros cinco temas los analizaremos junto con *los derechos de las minorías*, dada su estrecha relación.

Dado que las personas jurídicas se rigen por el Derecho del lugar de su constitución, de conformidad con las disposiciones del Derecho conflictual mexicano,² el tema lo abordaremos desde el enfoque de este sistema jurídico.

5.1.1. *Los derechos de las minorías.*

En el *joint venture* es frecuente encontrar participaciones mayoritarias y minoritarias,³ por lo que la regulación de los derechos de la minoría es una cuestión obligada, que habrá de quedar prevista tanto en el *joint venture agreement*, como en el estatuto de la sociedad que se emplee para su ejecución.

Una primera cuestión que habremos de determinar es el concepto de *minoría* en el ámbito societario. Se trata de definir, en especial, si en una sociedad sólo puede haber una *minoría* o, por el contrario, es posible que

¹ Cfr. WOLF Ronald Charles, *A Guide to International Joint Venture with Sample Clauses*, Klumer Law, segunda edición, London – Cambridge 1999, pp. 87, 89.

² La existencia, capacidad para ser titular de derechos y obligaciones, funcionamiento, transformación, disolución, liquidación y fusión de las persas morales extranjeras de naturaleza privada se regirán por el derecho de su constitución, tendiéndose por tal, aquél del estado en que se cumplan los requisitos de forma y fondo requeridos para la creación de dichas personas (artículo 2736, primer párrafo, del Código Civil Federal).

³ Cfr. WOLF, *op. cit.*, p. 88.

existan *varias minorías*. ¿Cómo se integra la *minoría*? ¿Cómo ejerce sus derechos la *minoría*?

El artículo 144 de la Ley General de Sociedades Mercantiles (en lo sucesivo LGSM) se refiere expresamente a la *minoría* al regular la conformación del consejo de administración en una sociedad anónima, disposición que es aplicable, también, al órgano de vigilancia. Dicha disposición establece que "en todo caso la *minoría* (de accionistas) que represente un veinticinco por ciento del capital social nombrará cuando menos un consejero", cuando los administradores sean tres o más; ese porcentaje se reduce al diez por ciento, tratándose de sociedades que cotizan en bolsa.

El principio según el cual *donde el legislador no distingue, no es válido al intérprete distinguir*, nos permite afirmar que por *minoría* es posible considerar tanto a un socio individualmente considerado, como a un grupo de socios, siempre que la participación de éstos alcance, cuando menos, el porcentaje que la ley o, en su caso, el estatuto social, determinen precisamente como mínimo para conferirles ciertos derechos respecto de asuntos tales como los señalados con antelación.

En el estatuto social podrá preverse un porcentaje de participación menor al considerado por el legislador para los *derechos minoritarios*, pero no incrementarlo. En definitiva, las *minorías* pueden ser varias.

En el derecho mexicano, la LGSM establece algunas disposiciones relativas a la protección de las minorías, que tienen relación, esencialmente, (1) con el derecho a participar en los órganos de administración y vigilancia de la sociedad (como quedó de manifiesto), (2) con la posibilidad de oponerse a los acuerdos tomados en asamblea de accionistas⁴ y, en determinados supuestos, (3) a exigir la convocatoria a asamblea. La referida ley no prevé los derechos de las minorías tratándose de su concurrencia en las asambleas.

Estos casos tienen cercana relación con el derecho de las partes en el *joint venture* para ejercer el control,⁵ que se materializa, entre otras formas, en la posibilidad de asegurar la participación de todos los *venturers* en las decisiones de las asambleas y en los órganos de administración y de vigilancia.

⁴ En este caso parece imposible prever un porcentaje inferior al legal en el estatuto social, por tratarse propiamente de un tema relacionado con la legitimación procesal, que es parte del derecho público.

Al prever disposiciones de protección de las minorías, habrá de tenerse cuidado de no caer en situaciones de *impasse* que entorpezcan la marcha de la sociedad, que le impida lograr su objeto social, lo que actualizaría una de las hipótesis de terminación del *joint venture*, que podría influir en la disolución y liquidación de la sociedad.

El número de *venturers* que concurren en un *joint venture* puede ser muy variado, al igual que lo sería su participación en la sociedad. En nuestra exposición consideraremos una sociedad anónima que cuenta con un capital representado por cien acciones, suscritas y pagadas por cinco socios, cada uno con una participación del veinte por ciento, que conforman dos grupos: Uno mayoritario, integrado por tres socios, por lo tanto, con el sesenta por ciento del capital social; otro minoritario, de dos socios, que equivale al cuarenta por ciento.

Supondremos que el estatuto social prevé quórum de asistencia y de votación en asambleas ordinarias y extraordinarias similares a los legales. La administración de la sociedad estará, en nuestro ejemplo, conferida a un consejo de administración integrado por cinco miembros, y un órgano de vigilancia de tres comisarios.

5.1.1.1. Las minorías en las asambleas.

La LGSM contempla, tratándose de sociedades anónimas, la celebración de asambleas ordinarias,⁶ extraordinarias⁷ y especiales.⁸ En cada caso, se establece el número mínimo de socios que habrá de estar presente para que éstas se consideren legalmente instaladas, así como el porcentaje mínimo de votación requerido para que los acuerdos sean válidos.

⁵ Véase el tema *Control Conjunto* en el Capítulo II del Título Primero de esta obra.

⁶ Artículo 181 de la Ley General de Sociedades Mercantiles (LGSM).

⁷ Artículo 182 LGSM.

⁸ "En el caso de que existan diversas categorías de accionistas, toda proposición que pueda perjudicar los derechos de una de ellas deberá ser aceptada previamente por la categoría afectada, reunida en asamblea especial, en la que se requerirá la mayoría exigida para las modificaciones al contrato constitutivo, la cual se computará con relación al número total de acciones de la categoría de que se trate" (artículo 195 LGSM).

No obstante, las disposiciones legales que contemplan tales aspectos son inadecuadas para garantizar la participación de los *socios minoritarios* en las asambleas, como enseguida veremos. Sólo interesan para nuestro estudio las asambleas ordinarias y las extraordinarias.

5.1.1.1.1. Las asambleas ordinarias.

Tratándose de las asambleas ordinarias, para que ésta se reúna en primera convocatoria, habrá de concurrir la mitad del capital social, por lo menos. La adopción de decisiones requiere el acuerdo de la mayoría de los presentes. El artículo 189 LGSM dispone:

Para que una asamblea ordinaria se considere legalmente reunida, deberá estar representada, por lo menos, la mitad del capital social, y las resoluciones sólo serán válidas cuando se tomen por mayoría de los votos presentes.

La aplicación de la señalada norma legal implica que bastará la presencia de accionistas titulares de cincuenta acciones para que la asamblea se reúna, y la votación favorable de quienes tengan veintiséis acciones para tomar acuerdos, lo que representa, propiamente, el veintiséis por ciento de los socios.

En segunda convocatoria, bastará la presencia de cualquier número de socios, y las decisiones se tomarán por mayoría de los presentes. En este caso, será suficiente que concurra el diez por ciento de los accionistas para instalar la asamblea, y el voto del seis por ciento para resolver los asuntos tratados. Al respecto, el artículo 191 LGSM establece:

En la asamblea ordinaria celebrada en segunda convocatoria, “se resolverá sobre los asuntos indicados en la orden del día, cualquiera que sea el número de acciones representadas”.

En ambos casos, en el ejemplo que planteamos, los porcentajes legales se alcanzan exclusivamente con la asistencia y la votación de los socios mayoritarios, lo que implica tomar acuerdos aún en contra de la opinión de los

minoritarios, con excepción de las asambleas celebradas en segunda convocatoria, en las que también la minoría podrá decidir, ante la ausencia de la mayoría.

5.1.1.1.2. Las asambleas extraordinarias.

En el caso de las asambleas extraordinarias, en primera convocatoria se requiere la presencia de las tres cuartas partes del capital social para conformar el *quórum de asistencia*, y las decisiones habrán de tomarse, cuando menos, por los socios presentes que representen la mitad del capital social.

Salvo que en el contrato social se fije una mayoría más elevada, en las asambleas extraordinarias deberán estar representadas, por lo menos, las tres cuartas partes del capital y las resoluciones se tomarán por el voto de las acciones que representen la mitad del capital social (artículo 190 LGSM).

En el supuesto que analizamos, la mera presencia de los socios mayoritarios será insuficiente para instalar la asamblea; para ello se requiere, en el primer caso (cinco socios), la asistencia de uno de los socios minoritarios.

En cambio, las asambleas extraordinarias podrán reunirse en segunda convocatoria siempre que asistan socios que detentan la mitad del capital social,⁹ y las resoluciones habrán de tomarse por los que representen igual porcentaje (cincuenta por ciento).

Esto es, se requerirá la presencia de quienes tengan cincuenta acciones y el voto unánime de los presentes, en el supuesto de que sólo concurriera el citado porcentaje. Desde luego que, en el caso que hemos propuesto, ese porcentaje se satisface con la presencia de los socios mayoritarios.

Tratándose de asambleas extraordinarias celebradas en segunda convocatoria, "las decisiones se tomarán siempre por el voto favorable del

⁹ Aún cuando la LGSM no establece el porcentaje mínimo requerido para que la asamblea extraordinaria se reúna en segunda convocatoria, puesto que solo contempla el *quórum* de votación, ese ha sido el criterio dominante en la doctrina.

número de acciones que representen, por lo menos la mitad del capital social" (artículo 191, segundo párrafo, LGSM).

Es conveniente prever, tanto para las asambleas ordinarias como extraordinarias, instrumentos que permitan la participación de los socios que residan fuera del domicilio de la sociedad. Para ello se podría contemplar reuniones a distancia, mediante conversaciones telefónicas o por medios electrónicos, de tal forma que el voto se emita por estos medios. Otra técnica consiste en permitir la emisión del voto con posterioridad al desahogo de la asamblea, expresión de voluntad que se consideraría para integrar el quórum de asistencia y de votación requeridos, de emitirse por escrito dentro del plazo, después de la reunión, que al efecto se hubiere fijado.

5.1.1.1.3. La modificación del quórum de presencia y de deliberación en las asambleas.

En la hipótesis de que un *socio* o un *grupo de socios* tenga más del cincuenta por ciento del capital en una sociedad anónima (*socio mayoritario* o *grupo mayoritario*), éstos podrán imponer su voluntad sobre el resto de los socios, de acuerdo con las disposiciones antes descritas.

Para evitar ese inconveniente, el estatuto social habrá de referir porcentajes distintos a los señalados por la LGSM, para garantizar, por lo menos, la presencia del *socio minoritario* o *grupo minoritario*.

La doctrina mexicana se ha inclinado por considerar que los porcentajes establecidos en la LGSM son límites mínimos que sólo pueden incrementarse, pero no disminuirse, como lo sostienen Oscar Vázquez del Mercado¹⁰ y Roberto Mantilla Molina.¹¹ Este último considera que no cabe modificación alguna de las mayorías, tratándose de asambleas ordinarias.¹²

5.1.1.1.4. La protección de las minorías en las asambleas.

¹⁰ Cfr. VÁZQUEZ Del Mercado Oscar, Asambleas, Fusión y Liquidación de Sociedades Mercantiles, Porrúa, México 1992, p. 83.

¹¹ Cfr. MANTILLA Molina Roberto, Derecho Mercantil, Porrúa, México 1989, p. 404.

A fin de identificar a los socios mayoritarios y a los minoritarios, se recomienda contemplar en el estatuto social distintas series de acciones, de tal manera, que a cada *grupo* identificado en la sociedad le corresponda una serie distinta, por ejemplo: Al *grupo mayoritario* la serie "A" y al *minoritario* la serie "B".

En términos generales, podemos señalar dos técnicas que se emplean para afrontar el problema de la protección de las minorías.

La primera consiste en elevar los porcentajes de presencia y de votación en las asambleas, en tal medida que la sola concurrencia del *socio mayoritario* o del *grupo mayoritario* sea insuficiente para que la asamblea se reúna y para que el número de votos que ellos representan les impida tomar decisiones. Por lo tanto, será necesaria la presencia y la votación de una parte de la minoría, para que el quórum de asistencia y de deliberación se alcance.

La segunda implica establecer en los estatutos, de manera expresa, para la instalación de la asamblea y de la votación de las resoluciones, determinado porcentaje o, en su caso, número de socios de la minoría, sin cuya presencia y votación, no sería posible lo uno ni lo otro.

5.1.1.1.4.1. Incremento del quórum de presencia y el de votación.

Al incrementarse el quórum de presencia para considerar la asamblea válidamente reunida, en forma tal que la mera asistencia del grupo mayoritario sea insuficiente para que el órgano deliberatorio se integre, asegura la participación de algunos de los socios restantes.

En el ejemplo que sugerimos (una sociedad con cinco socios), la exigencia de que la asamblea extraordinaria se reúna en primera convocatoria con el setenta y cinco por ciento del capital social, será suficiente para garantizar, por lo menos, la participación en la asamblea de uno de los socios del grupo minoritario, puesto que el grupo mayoritario sólo representa el sesenta por ciento.

Sin embargo, en segunda convocatoria será posible celebrar la asamblea, dado que el grupo mayoritario tiene más del cincuenta por ciento

¹² Criterio que comparte Joaquín Rodríguez Rodríguez.

requerido para instalarla, por lo que será menester elevar el quórum de presencia arriba del porcentaje que ese grupo representa, para que sea indispensable la presencia de alguno de los socios minoritarios.

El aumento del quórum de presencia podría ser insuficiente, por sí sólo para asegurar plenamente la participación de la minoría en las decisiones, puesto que en las asambleas extraordinarias, quienes representen el cincuenta por ciento del capital social estarán en posibilidad de decidir respecto de los asuntos tratados. Será indispensable elevar, también, el quórum de votación respecto de determinados asuntos de trascendencia, para que la decisión sobre ellos requiera, para ser eficaz, el voto favorable de alguno de los socios minoritarios.

En el caso que se trata, la votación requerida para que se adopten las resoluciones también habrá de ser superior al porcentaje que el grupo mayoritario representa en la sociedad, de lo contrario, éste tendrá la facultad de decidir, sin dificultad, el punto propuesto.

Esta técnica implica establecer *mayorías calificadas* de asistencia y de votación, para que las asambleas se consideren reunidas válidamente y en ellas se adopten decisiones eficaces.

Los aspectos que, generalmente, quedan sujetos a una mayoría calificada o al acuerdo unánime de los socios (en éste último caso, tratándose de una sociedad con dos socios), coinciden con los asuntos de la competencia de la asamblea extraordinaria. La disposición estatutaria respectiva podría redactarse en la siguiente forma:

A) Se requerirá, por lo menos, el voto aprobatorio de los socios cuya participación en el capital social represente el _____ por ciento, para tomar los siguientes acuerdos:

1. La modificación al objeto social.
2. La modificación al órgano de administración, para cambiarlo de consejo de administración a administrador único, o a cualquier otra forma; así como la modificación al quórum necesario para que el Consejo se reúna y para que tome decisiones y el derecho atribuido a las partes para estar representado en el Consejo.
3. El cambio de domicilio o de nacionalidad.
4. El aumento o disminución del capital social fijo o del capital variable.

5. La transformación, fusión o escisión de la sociedad.
6. La disolución y liquidación de la sociedad.
7. Prórroga de la duración de la sociedad.
8. Emisión de acciones privilegiadas.
9. Amortización por la sociedad de sus propias acciones.
10. Emisión de bonos.

B) Se requerirá así mismo, el voto aprobatorio de los socios cuya participación en el capital social represente el ____ por ciento, para los siguientes acuerdos de la Asamblea de accionistas, o en su caso, el voto del ____ porcentaje de los consejeros, en las decisiones del Consejo de Administración:

1. Nombramientos de apoderados para actos de dominio y otorgamiento de garantías por parte de la Sociedad.
2. La autorización para la contratación de créditos a más de seis meses, no presupuestados.
3. Nombramiento de los miembros integrantes de los comités en los que se deleguen facultades del consejo de administración.

5.1.1.1.4.2. La participación y el voto afirmativo de algunos de los socios minoritarios.

Otra técnica que se emplea para proteger a las minorías en las asambleas, según quedó asentado, estriba en exigir, tanto para la reunión de la asamblea, como para la votación de los puntos para los que fue convocada, la presencia y la votación de un cierto porcentaje del capital social pagado por la minoría, o de un determinado número de socios minoritarios.

En esta hipótesis, es innecesario variar los quórum de asistencia y de votación previstos por la ley. Esto es, la asamblea podrá instalarse con el porcentaje mínimo requerido, que habrá de integrarse con la proporción que corresponda a los socios minoritarios, sin cuya asistencia la asamblea se considerará inadecuadamente reunida. Lo mismo sucederá tratándose de la adopción de acuerdos; serán suficientes para ello los votos afirmativos mínimos exigidos, si entre ellos están los previstos para la minoría.

Todas las resoluciones que le corresponda tomar a las asambleas generales ordinarias y extraordinarias de accionistas de "LA SOCIEDAD", en primera y segunda convocatorias, en relación con los asuntos que enseguida se enlistan, deberán contar, para ser válidas, con el voto afirmativo del representante designado por _____:

EN ASAMBLEA ORDINARIA:

A) Designación de auditores externos, quienes podrán ser designados como comisarios de _____, si así lo decidiera el propio fondo.

B) Aplicación de las utilidades de la sociedad. En particular, las utilidades no podrán repartirse sin la anuencia de _____.

C) Discusión, aprobación o modificación del informe de los administradores a que se refiere el enunciado general del artículo 172 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, tomando en cuenta el informe de los comisarios, así como tomar las medidas que juzgue oportunas.

E) Nombrar al consejo de administración y a los comisarios.

F) Determinar los emolumentos correspondientes a los administradores, cuando no hayan sido fijados en los estatutos.

EN ASAMBLEA EXTRAORDINARIA:

Las demás que señala el artículo 182 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, el cual incluye los siguientes puntos.

1. Prórroga de la duración de la sociedad.
2. Disolución anticipada de la sociedad.
3. Aumento o reducción del capital social en su parte variable.
4. Cambio de objeto de la sociedad.
5. Cambio de nacionalidad de la sociedad.
6. Transformación de la sociedad.
7. Fusión con otras sociedades.
8. Emisión de acciones privilegiadas.
9. Amortización por la sociedad de sus propias acciones y emisión de acciones de goce.
10. Emisión de bonos.
11. Cualquier otra modificación del contrato social.
12. Los demás asuntos para los que la ley o el contrato social exija quórum especial.

Dichas asambleas, podrán tomar resoluciones válidas sin contar con el voto favorable del representante nombrado por _____, en caso de que éste dejare de asistir consecutivamente a dos sesiones a las que hubiese sido debidamente convocado, para tratar dichos asuntos en virtud de primera o ulteriores convocatorias.

5.1.1.4.3. Situaciones de *impasse* o estancamiento.

Es posible que se presenten desacuerdos entre los *venturers* sobre cuestiones medulares de la operación, que representen una situación de *impasse* o estancamiento en las decisiones que al respecto deben adoptarse, de tal manera que se ponga en riesgo la estabilidad económica del negocio o se impida adoptar acuerdos que permitan solucionar los problemas.

Con la finalidad de evitar ese inconveniente, es preciso plasmar en el contrato de *joint venture* algunos *mecanismos* que permitan destrabar el asunto, dado que una situación como la descrita podría dar lugar a la terminación de la relación, según se expone más adelante (apartado 5.3.2.5).

5.1.1.2. El órgano de administración.

5.1.1.2.1. Las minorías en el órgano de administración.

En el caso de la administración de la sociedad tratándose de un *joint venture*, ésta se integra comúnmente por un consejo de administración. La Ley General de Sociedades Mercantiles garantiza a la minoría el derecho de designar un consejero cuando ésta represente el veinticinco por ciento del capital social, siempre que el número de consejeros sea tres o más, según dispone el artículo 144 LGSM, como ha quedado referido con anterioridad. Se trata de un porcentaje máximo que puede reducirse en estatutos, pero no incrementarse.

Esta proporción, sin embargo, puede ser insuficiente en algunos casos, puesto que, por una parte, tratándose de un consejo de administración de tres miembros, uno de ellos habrá sido nombrado por la minoría; por otra, el consejo se reúne y adopta resoluciones con la simple mayoría de consejeros,

lo que significa que los miembros que representan a la mayoría, podrán reunirse y acordar, sin la participación de los que haya nombrado la minoría.

Esta desproporción se agudiza, desde luego, cuando el consejo de administración se integra por un número superior de integrantes, supuesto en el cual la minoría aún tendrá el derecho a designar exclusivamente a uno de ellos.

Ha sido criticado justamente este derecho tan precario de la minoría, ya que la ley solamente le concede un puesto, cualquiera que sea el número de miembros del Consejo; los estatutos suelen concederles más, así como otorgarle una mayor prestancia, exigiendo la presencia o el voto de uno al menos de los consejeros de la minoría para que las juntas del consejo se constituyan, o para que los acuerdos que adopte sean válidos.¹³

En este sentido, se trata de lograr una adecuada protección de las minorías, para ser representadas en el órgano de administración. Esto se alcanzará mediante diversas técnicas que implican definir el número de consejeros que designará la minoría, que desde luego puede ser mayor que el previsto por la LGSM.

Recuérdese que en el caso que hemos considerado, el consejo de administración se halla integrado por cinco miembros, tres designados por el grupo mayoritario (serie A) y dos por el minoritario (serie B).

Es factible que el *joint venture agreement* establezca los cargos que los consejeros designados por cada grupo ocuparán, por ejemplo: El presidente y secretario serán nombrados por los socios de la mayoría, y el vicepresidente y el tesorero por los socios minoritarios. Esta disposición habrá de reflejarse en el estatuto social.

El inconveniente que representa para los socios minoritarios la posibilidad de que el consejo de administración se reúna y resuelva con la mayoría simple de los consejeros designados, implica incrementar, para ciertos asuntos, el número de miembros que tendrán que concurrir a las sesiones del consejo y votar en sentido favorable el punto tratado, de tal manera que sea

¹³ BARERA Graf Jorge, *Instituciones de Derecho Mercantil*, Porrúa, México 1989, p. 573.

indispensable para ello, la intervención de uno de los consejeros nombrados por la minoría. Así, en el caso que analizamos, se requeriría la presencia de cuatro consejeros para sesionar y adoptar resoluciones.

Otra forma de proteger a las minorías en el consejo de administración, sin modificar la regla de la *simple mayoría*, exigir la asistencia a las sesiones del consejo y el voto favorable de alguno de los consejeros de la minoría, para que los asuntos tratados se consideren aprobados. El siguiente es un ejemplo:

Para que el Consejo de Administración pueda adoptar resoluciones válidas respecto de los asuntos que enseguida se indican, deberán contar con el voto favorable del consejero designado por _____:

A) Autorización o ratificación del plan de remuneraciones y beneficios económicos del gerente general y del gerente de arranque de campo.

B) Nombramiento y remoción del gerente general, gerente de arranque de campo y de los gerentes de área.

C) Nombramiento de apoderados para actos de dominio y otorgamiento de garantías.

D) Autorización del plan de ejecución del proyecto.

E) Autorización, para la compra de equipo y demás activos fijos no considerados en el plan de negocios, sobre el cual se pronunció _____, así como gastos no presupuestados, que excedan del 2.5% del valor de los activos totales de cada una de las empresas subsidiarias.

F) Autorización para incrementar el índice de apalancamiento para la operación del proyecto y de la empresa, así como de sus subsidiarias.

G) Autorización para la contratación de créditos a mas de seis meses no presupuestados.

H) Nombramiento de los miembros integrantes de los comités en los que se deleguen facultades de consejo.

I) Autorización para el otorgamiento de garantías sobre activos de la sociedad.

J) Designación de apoderados para suscribir créditos de cualquier tipo.

K) Aprobación de los presupuestos anuales de inversión, así como sus modificaciones.

M) Celebración de cualquier tipo de contrato con los accionistas de "LA SOCIEDAD".

N) Nombrar e instruir a las personas que comparezcan en representación de _____, a las asambleas de aquellas sociedades en las que "LA SOCIEDAD" sea accionista de empresas subsidiarias que no pertenezcan al grupo.

O) Políticas de compraventa e intermediación comercial con empresas en las que no fuere socio _____.

El consejo de administración de "LA SOCIEDAD", podrá tomar resoluciones válidas respecto de los asuntos anteriores, sin contar con el voto favorable del consejero designado por _____, en caso de que éste dejase de asistir consecutivamente a dos sesiones a las que hubiese sido debidamente convocado para tratar dichos asuntos.

Es importante prever en el estatuto social que las disposiciones relativas a los derechos de las minorías sólo puedan ser modificadas por el voto favorable de una *mayoría calificada* de socios o por *unanimidad*.

5.1.1.2.2. La designación, revocación y reemplazo de los consejeros de las minorías.

Según Barrera Graff, "el nombramiento de administradores de la minoría, también debe hacerse por y dentro de la asamblea ordinaria, por el grupo minoritario mismo".¹⁴ Habrá de procederse igual cuando el nombramiento corresponde a determinada clase o serie de accionistas.

El citado maestro opina que el órgano supremo que nombra al administrador puede revocarlo, sin que esa disposición admita pacto contrario.¹⁵ Sin embargo, en el *joint venture agreement* suele otorgarse al *venturer* que hubiere designado al consejero el derecho absoluto para removerlo y nombrar su sustituto,¹⁶ lo que nos parece correcto y además conveniente, siempre que no se restrinjan las facultades del órgano de deliberación para revocar su designación. En este último caso, el número de votos requerido para ello podrá incrementarse, para que participen en la decisión, los socios minoritarios.

¹⁴ BARRERA, *op. cit.*, p. 572.

¹⁵ Cfr. BARRERA, *ib.*, p. 574.

¹⁶ Cfr. HARROCH, *op. cit.*, p. 7-39.

La revocación por mayoría de votos de la asamblea del cargo de administradores de la minoría impone que en esa misma asamblea la minoría designe al miembro o miembros que le corresponda, o bien, que al revocar a unos, la asamblea revoque a todos, y proceda a nombrar a todos los nuevos miembros del órgano de administración.¹⁷ El derecho a revocar o remover al Consejero de la minoría sólo puede hacerlo la propia minoría, cuando así se haya pactado en los estatutos.

En el acuerdo de *joint venture* deberá establecerse el procedimiento para reemplazar a los consejeros cuando sean removidos, renuncien, fallezca o cuando por cualquier causa estén imposibilitados para desempeñar el cargo. Por lo general, se establece que el *venturer* que designó al consejero faltante será el que realice el reemplazo.

Estamos ante la hipótesis de que el *acuerdo del socios* se ha celebrado por la totalidad de quienes son o serán socios en la sociedad que se empleará para ejecutar el *joint venture*, que surte efectos en el ámbito de las relaciones internas de la sociedad. No obstante, se recomienda incluir esas disposiciones convencionales en el estatuto de la sociedad, con la finalidad de que sean oponibles a terceros, lo que sería difícil lograr si sólo se establecieran en el *acuerdo de socios* o en el *joint venture agreement*.

5.1.1.2.3. Las reuniones del consejo de administración.

El *joint venture agreement* debe establecer la frecuencia con la que el consejo se reunirá, si tendrá reuniones especiales o extraordinarias y la manera de convocarlas.

También se recomienda definir el procedimiento para citar a los miembros del consejo a las sesiones, por ejemplo: Podría establecerse un plazo de cinco días de anticipación para notificar la celebración de sesiones especiales. La citación será innecesaria cuando los consejeros concurren a la reunión.

¹⁷ BARRERA, *op. cit.*, p. 573.

En algunas normas también se llega a establecer que el consejo podrá tomar decisiones mediante conversación telefónica o por medios electrónicos.

Normalmente prevén que el consejo puede actuar también por escrito, es decir, emitir su voto por escrito con posterioridad. Estas disposiciones son convenientes porque permiten actuar con prontitud y confieren flexibilidad para responder a emergencias o eventos imprevistos.

5.1.1.2.4. Los directores o gerentes. Nombramiento, remoción y reemplazo.

El *joint venture agreement* también puede contemplar la existencia de directores o gerentes que desempeñen *día a día* la administración, conforme las directrices indicadas por el consejo de administración. Por lo común, se establece en el acuerdo una relación de los aspectos que quedan reservados para el consejo de administración.¹⁸

En esa virtud, habrán de precisarse los diferentes *cargos de dirección* que se requerirán para la operación, la manera de seleccionar a las personas que ocuparán estos cargos y a quien corresponderá su designación, por lo que podrá conferirse a los socios minoritarios el derecho a designar algunos de los directores o gerentes. No obstante, estas atribuciones podrían dejarse simplemente al consejo de administración, especialmente cuando la participación de la minoría haya quedado debidamente prevista.

Otras modalidades serían:

(1) Que alguno de los *venturers* nombre a determinados directores o gerentes, solución que podría ser conveniente cuando el *venturer* ha conocido el negocio con anterioridad y, por lo tanto, cuenta con empleados de experiencia. En esta hipótesis, al otro *venturer* se le otorgaría el derecho a designar otros directores o gerentes en actividades que le aseguren algún control respecto de las *decisiones diarias* de la administración.

(2) Que el derecho a designar a los directores o gerentes, inclusive a ciertos miembros del consejo de administración (la presidencia, por ejemplo), sea *rotativo*, de tal manera que ese derecho pase de un *venturer* a otro, al

expirar el plazo por el que hayan sido designados o cuando se termine su nombramiento por cualquier causa.

(3) Que los cargos de dirección o de gerencia se desempeñen conjuntamente por dos o más directores o gerentes, supuesto en el que será menester precisar la forma de ejercer sus facultades y la manera de tomar decisiones, procurando que no se perjudique la operación.

Respecto de la remoción y el reemplazo de los directores o gerentes, normalmente se establece que sólo el *venturer* que los hubiere nombrado (cuando sea el caso) podrá removerlos y designar a quienes lo sustituyan.

Para evitar que el consejo de administración remueva a los directores o gerentes bastará prever la resolución por *mayoría calificada* de sus miembros para tal efecto, o bien, establecer que la remoción será cuando exista *causa justificada*, definiéndose en el acuerdo los actos que serán considerados como tales.

5.1.1.3. *El derecho de veto.*

Cuando en el estatuto de la sociedad se prevé la necesaria participación de un grupo minoritario y el voto de éste para considerar válidos los acuerdos, se dice que estamos en presencia del derecho de veto. Según Barrera Graff,

Se conoce como derecho de veto la facultad que se concede a una minoría de acciones de integrar necesariamente el quórum de votación en las asambleas (y en ocasiones el quórum de presencia), a efecto de adoptar acuerdo válidos. De esta forma el derecho de veto se concede, cuando en el contrato social se pacta que las resoluciones de las asambleas (o del consejo de administración) sólo pueden ser aprobados por una mayoría de votos que se compongan de un porcentaje de capital social en que esté siempre representado el grupo minoritario de accionistas (o de consejeros).¹⁹

5.1.1.4. *Las minorías en los órganos de vigilancia.*

¹⁹ Cfr. HARROCH Richard D., *Partnership & Joint Venture Agreements*, volumen 1, Lay Journal Press, octava edición, New York 1999, pp. 7-25, 7-29.

En el caso de los órganos de vigilancia, los derechos que se conceden a la minoría para designar comisarios tiene las mismas reglas que tratándose de los administradores: cuando la minoría represente el veinticinco por ciento podrá designar un comisario, cuando el número de comisarios designados sea tres o más, en los términos del artículo 171 LGSM, que dispone la aplicación al órgano de vigilancia, de la norma contenida en el artículo 144 LGSM.

5.1.2. Aspectos contables.

El acuerdo de *joint venture* debe especificar el tipo de normas que habrán de adoptarse en materia de contabilidad. Al respecto, se acude a los principios de contabilidad generalmente aceptados,²⁰ elaborados por determinado instituto. En México rigen los principios estructurados por el Instituto Mexicano de Contadores Públicos, que se dan a conocer a través de diversos boletines.²¹

¹⁹ BARRERA, *op. cit.*, p. 542.

²⁰ Los principios de contabilidad son conceptos básicos que establecen la delimitación e identificación del ente económico, las bases de cuantificación de las operaciones y la presentación de la información financiera cuantitativa por medio de los estados financieros (Boletín A-1. Esquema de la teoría básica de la contabilidad financiera).

²¹ Esos boletines son:

Serie A. Principios contables básicos:

A-1 Esquema de la teoría básica de la contabilidad financiera (enero 1974). Addendum al Boletín A-1. Esquema de la teoría básica de la contabilidad financiera (enero 1999). A-2 Entidad (septiembre 1975). A-3 Realización y periodo contable (octubre 1975). A-5 Revelación suficiente (julio 1974). A-6 Importancia relativa (octubre 1981). A-7 Consistencia (julio 1974). A-8 Aplicación supletoria de las normas internacionales de contabilidad (enero 1995). A-11 Definición de los conceptos básicos integrantes de los estados financieros (octubre 1987).

Serie B. Principios relativos a estados financieros en general:

B-1 Objetivos de los estados financieros (octubre 1981). B-3 Estado de resultados (diciembre 1995). B-8 Estados financieros consolidados y combinados y valuación de inversiones permanentes en acciones (enero 1992). B-9 Información financiera a fechas intermedias (enero 1983). B-10 Reconocimiento de los efectos de la inflación en la información financiera (diciembre 1984). Primer documento de adecuaciones al Boletín B-10 (diciembre 1985). Segundo documentos de adecuaciones al Boletín B-10 (enero 1988). Tercer documentos de adecuaciones al Boletín B-10 (enero 1990). Cuarto documento de adecuaciones al Boletín B-10 (diciembre 1991). Quinto documento de adecuaciones al Boletín B-10 (enero 1996). Addendum al quinto documento de adecuaciones al Boletín B-10 (enero 1997). Quinto documento de adecuaciones al Boletín B-10 (modificado) (enero 1997). B-12 Estado de cambios en la situación financiera (enero 1990). B-13 Hechos posteriores a la fecha de los estados financieros (junio 1995). B-14 Utilidad por acción (enero 1997). B-15 Transacciones en

Asimismo, el acuerdo de *joint venture* ha de especificar la frecuencia con la que los estados financieros serán proporcionados a los *venturers* y si serán o no auditados por algún auditor externo; tratándose de un *joint venture* internacional, por lo común es una firma reconocida. En caso afirmativo, se recomienda designar al auditor y la manera de reemplazarlo; la mayoría de los acuerdos de *joint venture* prevén una mayoría calificada para cambiar al auditor.

Por otra parte, en México no sería necesario establecer en el *joint venture* el periodo en que comenzará y concluirá el año fiscal, dado que las disposiciones fiscales lo definen.²²

Se recomienda incluir en el acuerdo de *joint venture* disposiciones que otorguen a las partes un amplio derecho para acceder a los libros y registros del *joint venture* y para requerir reportes periódicos. Aún cuando existen preceptos legales que regulan tales derechos, es preciso contemplar el apuntado aspecto, en virtud de que la referida normativa se refiere a cuestiones específicas, lo que permite ampliar ese derecho, de manera importante.

También es conveniente determinar el tipo de cuentas de capital que habrán de establecerse en la contabilidad.²³

moneda extranjera y conversión de estados financieros de operaciones extranjeras (enero 1998).

Serie C. Principios aplicables a partidas o conceptos específicos:

C-1 Efectivo e inversiones temporales (enero 1990). C-1 Efectivo (febrero 2000). C-2 Instrumentos financieros (febrero 2000). C-3 Cuentas por cobrar (julio 1974). C-4 Inventarios (enero 1974). C-5 Pagos anticipados (octubre 1981). C-6 Inmuebles, maquinaria y equipo (julio 1974). C-8 Intangibles (abril 1976). C-9 Pasivo (enero 1974). C-11 capital contable (enero 1990). C-12 Contingencias y compromisos (enero 1974). C-13 Partes relacionadas (abril 1989).

Serie D. Problemas especiales de determinación de resultados:

D-3 Obligaciones laborales (revisado) (enero 1999). D-4 Tratamiento contable del impuesto sobre la renta, del impuesto al activo y de la participación de los trabajadores en la utilidad (mayo 1999). D-5 Arrendamientos (enero 1991).

²² Artículo 8 A de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

²³ Las disposiciones fiscales podrían exigir determinadas cuentas de capital para gozar de ciertos beneficios. En México, la Cuenta de Utilidad Fiscal Neta (CUFIN) (artículo 88 LISR) se obtiene de restar al resultado fiscal del ejercicio, el impuesto sobre la renta pagado y el importe de las partidas no deducibles; tiene como propósito retirar utilidades o dividendos y, sobre éstos, no se pagan impuestos. La Cuenta de Capital de Aportación (CUCA) (artículo 89 LISR) es de utilidad en los casos en que se decida realizar retiro de capital; a través de ésta se puede disponer de dinero de la sociedad sin que grave impuestos, sin que se pueda retirar más de lo que han aportado los socios. En alguna época existió la Cuenta de Utilidad Fiscal Neta Reinvertida (CUFINRE) que permitía la reinversión de los impuestos, por lo que constituía una

En relación con el cumplimiento de obligaciones impositivas, es necesario establecer en el *joint venture agreement* quién de los *venturers* fungirá como responsable frente a las autoridades fiscales.²⁴

5.1.3. Los empleados.

En el contrato de *joint venture* deben preverse los aspectos básicos respecto de los empleados que no ocupen cargos ejecutivos. En este caso puede haber diferentes opciones:

(1) Que se emplee a ciertos trabajadores del mercado de trabajo en que se constituirá el *joint venture*.

(2) Cuando el negocio que se acuerda realizar a través del *joint venture* ha sido previamente desarrollado por alguna de las partes, podría emplearse personal que ya ha participado anteriormente, para aprovechar su experiencia en la actividad requerida.

(3) En el caso de que se pacte emplear a trabajadores de uno de los *venturers*, habrá de definirse si serán transmitidos al *joint venture* y, de ser el caso, el lugar que ocuparán (si será diferente del empleo original), o bien, si permanecerán en el negocio y bajo la *subordinación y dependencia* de quién los provee.

(4) Si se determina que los empleados permanecerán en el negocio de una de las partes, entonces podría acordarse (a) el pago de una especie de *renta de empleo*; (b) la posibilidad de compartir a los empleados, de tal manera que las partes aporten recursos económicos para sufragar salarios, etcétera; (3) la prestación de servicios de administración con una de las partes, convenio que establecerá los términos en los que el *venturer* proveerá a los empleados, de tal forma que éste sufragará los salarios y demás prestaciones, como parte de su aportación.

Muchos de estos acuerdo prevén que el *joint venture* reembolsará al *venturer* todos los pagos que realice a los empleados, además de los *honorarios de administración*.

forma en que las empresas obtenían financiamiento, ya que podían disponer de dinero proveniente de impuestos.

²⁴ HARROCH, *op. cit.*, pp. 7-69, 7-70.

5.2. TRANSMISIÓN DEL CARÁCTER DE PARTE EN EL *JOINT VENTURE*.

Existen varios aspectos relacionados con la transmisión de la posición jurídica de una de las partes en el *joint venture* que deben quedar establecidos en el acuerdo respectivo.

Las posibilidades son muy diversas: (1) la transmisión puede quedar prohibida o (2) permitida sólo tratándose de la transmisión a entes relacionados, por ejemplo, filiales o subsidiarias. Otra posibilidad es (3) que la transmisión quede sujeta al consentimiento previo de las partes; en este último caso, podría preverse que el consentimiento no se niegue de manera irrazonable o que sólo se requiera el consentimiento en determinados casos. Otra alternativa es (4) que el acuerdo permita la transmisión, pero le otorgue a los *venturers* el derecho a la primera opción (*right of first refusal*) o el derecho a la primera oferta (*first offer right*); y, finalmente, una modalidad menos restrictiva, (5) que se permita la transmisión, sujetándola sólo al cumplimiento de la legislación aplicable.²⁵ Wolf recomienda facilitar la transmisión,²⁶ lo que parece chocar con el carácter *intuitu personae* del *joint venture*.

En el caso de que se prevea la posibilidad de transmitir el carácter de parte en el *joint venture*, habrá de establecerse una disposición que contemple la necesidad de que quien adquiera esa posición contractual, se adhiera al *joint venture agreement*. También tendrá que contemplarse la cuestión atinente a la transmisión del carácter de socio en la sociedad que se utiliza como medio para el cumplimiento del *joint venture*.

5.2.1. El derecho a la primera opción o *right of first refusal*.

El *right of first refusal* es el derecho que le asiste a una de las partes para adquirir, en igualdad de condiciones a las ofrecidas por un tercero, la participación que le corresponde a la otra parte en el *joint venture*, cuando ésta quiere transmitir su participación y que puede ejercitarse después de haber

²⁵ HARROCH, *op. cit.*, p. 7-90.

identificado al adquirente potencial; se trata de un derecho parecido al derecho de preferencia por el tanto del Derecho mexicano.

De esta manera, una vez que el vendedor ha contactado al probable comprador, debe notificar al otro *venturer*, quien podrá igualar la oferta. En el *joint venture agreement* es necesario precisar aspectos tales como (1) el plazo en el que debe darse la notificación y (2) el plazo en que habrá de ejercitarse el expresado derecho; (3) cuando fueren varios *venturers* los que desean ejercer el derecho, la manera como se distribuirá la participación, que normalmente es a prorrata; (4) la posibilidad o imposibilidad de adquirir sólo una porción de la participación del vendedor; (5) si el precio ofrecido podría pagarse de modo distinto al ofrecido; etcétera.

5.2.2. El derecho a la primera oferta o *first offer right*.

Éste se refiere al derecho que tiene una parte de hacer la primera oferta, cuando la otra parte desea transmitir su participación, caso en el que quien quiere vender queda obligado a notificar primeramente a la otra parte su deseo de enajenar su porción, antes que ofrecerla a terceros, para que tenga la oportunidad de ejercitar su derecho.

Aspectos similares a los indicados para el *right of first refusal* habrán de incluirse en el *joint venture agreement*.

De esta manera, la diferencia fundamental entre el *right of first refusal* y el *first offer right* se encuentra en la oportunidad de la notificación de la intención de transmitir el carácter de parte: en el primero, la notificación debe realizarse una vez que la participación se ha ofrecido a terceros, en tanto que en el segundo, dicha notificación se realiza antes de efectuar el aludido ofrecimiento.

5.2.3. El derecho a agregarse o *tag-along right*.

El *tag-along right* consiste en el derecho que tienen los demás *venturers* de vender su participación a una tercera persona, en los mismos términos en

²⁶ WOLF, *op. cit.*, p. 88.

que otro *venturer* contrató con ese tercero. También se conoce como *piggy back*.

Un tercero puede ser requerido para adquirir el interés no solamente de la parte con quien él estaba negociando, sino también el interés de cualesquier otros *venturer* a quienes les gustaría vender.²⁷

Una variante de este derecho se refiere a ventas a prorrata. Si un *venturer* conviene en vender a una tercera persona una participación del diez por ciento en el *joint venture*, los demás *venturers* tendrán el derecho de vender proporcionalmente su participación; el tercero sólo adquirirá el diez por ciento, pero todos los *venturers* que quisieron vender participarán en la operación.²⁸

En el caso de que ciertos accionistas o socios de un *joint venture* (normalmente los mayoritarios) negocien la venta de sus acciones a un tercero, el derecho de *tag along* los obliga a que como condición a la venta de dichas acciones, los demás socios o accionistas (normalmente los minoritarios) tengan el derecho de vender sus partes sociales o acciones al comprador, en los mismos términos y condiciones que los socios o accionistas que negociaron la venta original.²⁹

5.2.4. El derecho a prolongar o *drag-along right*.

De acuerdo con el *drag-along right*, cuando un *venturer* logra concertar la venta de su participación con un tercero, puede forzar a los demás *venturers* a vender su participación a ese tercero, en iguales condiciones, al mismo tiempo que él.

²⁷ The third party might be required to purchase the interest not only of the party with whom he was negotiating, but also the interest of any other *venturers* who would like to sell (HARROCH, *op. cit.*, p. 7-91).

²⁸ HARROCH, *ib.*, p. 7-91.

²⁹ MENDOZA Aísa Isabel, apuntes entregados en la clase que impartió en la Asociación Nacional de Abogados de Empresa, en la ciudad de Guadalajara, Jalisco, el 28 de septiembre del 2000, p. 30.

Según Aísa Isabel Mendoza,³⁰ ...

Mediante el derecho de *arrastre (drag along)*, el socio mayoritario que desee vender a un tercero su participación en la sociedad tendrá el derecho de negociar la venta del 100% de la sociedad y forzar al socio minoritario a vender su parte en iguales términos y condiciones a los negociados por el socio mayoritario.

5.2.5. Aspectos generales.

Los derechos analizados, a excepción del *derecho a la primera oferta*, tienden a desalentar las negociaciones que terceras personas podrían intentar, encaminadas a adquirir la participación de algún *venturer*.

En definitiva, para alcanzar el objetivo que se pretende con la inclusión en el contrato de *joint venture* de tales derechos, éstos deben quedar contemplados en el estatuto social e inscribirse en el registro del comercio, para que sean oponibles a terceros.

Es conveniente vincularlos con la participación del órgano de administración de la sociedad en la autorización de la transmisión del carácter de socio, sin la cuál, la enajenación resultaría inoponible a la sociedad.³¹ De esta manera podría asegurarse la observancia de las limitaciones impuestas al respecto.

³⁰ Según apuntes entregados en la clase que impartió en la Asociación Nacional de Abogados de Empresa, en la ciudad de Guadalajara, Jalisco, el 28 de septiembre del 2000, p. 30.

³¹ En México, el artículo 130 de la Ley General de Sociedades Mercantiles prevé un mecanismo de restricción a la circulación de las acciones: consiste en pactar en el contrato social "que la transmisión de las acciones sólo se haga con la autorización de consejo de administración. El consejo podrá negar la autorización designando un comprador de las acciones al precio corriente en el mercado".

5.3. LA TERMINACIÓN DEL *JOINT VENTURE*.

5.3.1. CUESTIONES PREVIAS.

El *joint venture* puede terminar por diversas causas que se identifican, en términos generales, con aquellas que originan la terminación de los negocios jurídicos bilaterales.

Algunas de esas causas habrán de quedar previstas en el *joint venture agreement*, lo que nos obliga a analizarlas. Es necesario referir, entre ellas, (1) el vencimiento del plazo, (2) el mutuo disenso, (3) la voluntad unilateral de una de las partes, (4) la muerte de uno de los *venturers*, (5) las situaciones de *impasse* y (6) el incumplimiento de obligaciones a cargo de las partes.

Debe tenerse presente que, tratándose de *joint ventures* en los que participan más de dos partes, la terminación del vínculo jurídico con uno de los *venturers* no implica, necesariamente, la terminación del *joint venture* mismo, a menos que las partes hubieren acordado lo contrario.

No pretendemos tratar, de manera exhaustiva, las distintas formas de terminar la relación contractual surgida de un *joint venture*, por lo que nos limitaremos a realizar algunas consideraciones generales sobre el particular. El tema lo vincularemos con el Derecho mexicano, en los supuestos que tengan referencia en ese sistema jurídico.

5.3.2. LAS CAUSAS DE TERMINACIÓN.

5.3.2.1. *Por el vencimiento del plazo.*

Cuando el contrato se halla sujeto a un plazo determinado, el contrato de *joint venture* concluirá una vez que transcurra el referido plazo.

No obstante, de continuar las partes ejecutando el contrato con posterioridad al vencimiento del plazo pactado, éste podría considerarse

transformado en un negocio jurídico sujeto a plazo indefinido.³² Tratándose del *joint venture* societario, es difícil sostener que el vencimiento del plazo establecido en el estatuto social origine la prórroga, por tiempo indefinido, de la sociedad misma, puesto que en nuestro sistema jurídico el mero transcurso del plazo acordado, origina la disolución de la sociedad y, por lo tanto, debe procederse a su liquidación.

El contrato puede quedar sujeto a un plazo indefinido, según lo sostiene Harroch,³³ caso en el cual el contrato terminará por voluntad de cualquiera de las partes, mediante aviso escrito que habrá de entregarse a la otra parte con un plazo prudente de anticipación, aspecto que debe quedar contemplado en el propio contrato. En el Derecho mexicano se exige, sin embargo, que en el estatuto social se precise la duración.

5.3.2.2. *Por mutuo disenso.*

El contrato también puede concluir por voluntad de ambas partes. El fundamento de esta forma de terminar los contratos bilaterales se ha encontrado, en el derecho mexicano, en el artículo 1797 del Código Civil Federal, que interpretado a *contrario sensu*, permite que por voluntad de los contratantes, se modifique o se deje sin efecto el cumplimiento de los contratos.³⁴

En los términos del artículo 2720 fracción I del mencionado código, la sociedad civil puede terminar "por convenio expreso" de las partes, disposición que cabría aplicar por analogía a la figura del *joint venture*.

³² Al respecto, podría aplicarse la *tácita reconducción* que rige para el contrato de arrendamiento, por tratarse éste de un contrato de duración, al igual que el *joint venture*.

³³ Harroch señala que el *corporate joint venture* usualmente se sujeta a un plazo indefinido, en contraste con el *partnership joint venture* y el *limited liability company joint venture*, que se someten a un plazo específico (HARROCH, *op. cit.*, p. 7-106.6).

³⁴ Cfr. SÁNCHEZ Medel José Ramón, *La Resolución de los Contratos por Incumplimiento*, Porrúa, tercera edición, México 1984, p. 69.

5.3.2.3. *Por la voluntad unilateral de una de las partes.*

La voluntad de una de las partes podría originar la terminación del *joint venture*, si así se pactó en el contrato.

Se trata del *derecho a resolver unilateralmente* el contrato que se otorga (1) en los contratos celebrados por tiempo indefinido y (2) en los contratos de duración.

Tratándose de la aplicación del Derecho mexicano, esta manera de terminar el *joint venture* debe quedar prevista en el contrato, dado que en ese sistema jurídico rige la regla general de la intangibilidad contractual, prevista en el citado artículo 1797 CCF, según la cual "la validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes".³⁵ Al establecerse en el contrato, la señalada prohibición no se actualiza, por cuanto que ha sido convenida esa forma de concluir el contrato.

La *resolución unilateral* del contrato no debe ejercerse de manera inoportuna ni arbitraria, puesto que podría ocasionar daños y perjuicios a la otra parte. Por ello, al establecerse en el *joint venture agreement* habrá de preverse la obligación de comunicar previamente y por escrito a las partes la decisión de terminar el contrato, con un cierto plazo de anticipación.

Harroch señala que, de acuerdo con la regulación de la *partnership* en el Derecho estadounidense, puede prohibirse la posibilidad de *retirarse voluntariamente*; si decide retirarse no obstante tal acuerdo, no puede ser obligado a permanecer como *partner*, pero será responsable de los daños que cause a los socios y a la *partnership*.^{36/37}

5.3.2.4. *Por la muerte de uno de los venturers o por la disolución de alguna de las sociedades parte del joint venture.*

Dado el carácter *intuitu personae* de la relación, el *joint venture* podría terminar con la muerte de alguno de los *venturers*, si así se pactó en el

³⁵ Cfr. SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 81.

³⁶ HARROCH, *op. cit.*, p. 7-106.6.

³⁷ Sección 602 (b) (1), (c) Uniform Partnership Act (1997).

contrato. Los mismo ocurriría en el caso de que se disolviera y liquidara una de las sociedades que fuere parte en el contrato de *joint venture*.

5.3.2.5. *Por ocurrir situaciones de impasse o de estancamiento.*

En un apartado anterior (5.1.1.1.4.3) se refirió el supuesto de situaciones de *impasse* o de estancamiento en los acuerdos de los *venturers*, lo que podría originar la terminación de la relación, al representar un obstáculo para alcanzar la finalidad perseguida por las partes. Enseguida se exponen algunos *mecanismos* que podrían contemplarse para impedir que se presenten tales situaciones.

Harroch recomienda que se establezca un *periodo de enfriamiento* previo al ejercicio del derecho para terminar el contrato, en el que las partes puedan reflexionar sobre el punto en desacuerdo, y así se aseguren de que, efectivamente, no puede destrabarse.³⁸

Las partes también podrían (1) establecer mayorías calificadas de asistencia o de votación (o ambas) para ciertos asuntos, sólo para la primera convocatoria, de tal manera que para la segunda o ulterior convocatoria se requiera la mayoría simple, y el acuerdo pueda tomarse; (2) considerar desaprobado el asunto hasta que se hubiere discutido en dos o más ocasiones, en distintas reuniones, por lo menos; (3) someter la decisión a un tercero, que podría ser una *empresa consultora*; (4) sujetarse a un procedimiento alternativo para la solución del conflicto, tal como la mediación o el arbitraje, previamente a la terminación del *joint venture*.

Un ejemplo de una cláusula en la que se prevé una situación de *impasse* es la siguiente:

Para que se consideren como no aprobados los puntos _____ de la cláusula _____ y los puntos _____ de la cláusula _____, será necesario discutirlos y votarlos cuando menos en dos ocasiones, en distintas sesiones de Consejo de Administración, o en su caso, de la Asamblea de Accionistas, por lo que, en el supuesto de que no hubiere votación aprobatoria unánime de los consejeros o de los socios en la primera reunión, deberá convocarse a una

³⁸ HARROCH, *op. cit.*, p. 7-106.1.

segunda sesión de Consejo, o en su caso, a una segunda Asamblea de Accionistas en la que se votará nuevamente el punto de que se trate. Solo en el caso de que en esta segunda ocasión no se alcanzare la votación aprobatoria unánime referida, se considerará hasta ese momento, como no-aprobado el punto tratado, con la excepción a que se refiere el siguiente párrafo.

Cuando fuere necesario, por la situación financiera de la Sociedad, aumentar o disminuir su capital social fijo o el variable, (o adoptar otros acuerdos) y no se hubiere alcanzado una votación aprobatoria por unanimidad de los socios fundadores y del (los) socio(s) extranjero(s), para aumentarlo, o en su caso disminuirlo (u otros acuerdos), después de haberse seguido el procedimiento a que se refiere el párrafo que antecede, el punto se pondrá en consideración de un tercero, que será una empresa de consultoría externa, para que determine lo conducente, obligándose las partes a acatar dicha determinación.

5.3.2.6. *La resolución por incumplimiento de obligaciones.*

El contrato de *joint venture* puede resolverse por alguna de las partes, cuando la otra hubiere incumplido sus obligaciones.

De acuerdo con Sánchez Meda, la resolución por incumplimiento...

es un derecho de impugnación del contrato bilateral, ejercitable por la parte cumplidora mediante demanda judicial o por declaración a la otra parte y encaminados a producir la extinción (generalmente retroactiva) del contrato, por haber desaparecido la composición de intereses inicial en el contrato, en virtud del incumplimiento culpable de la otra parte.³⁹

El derecho para resolver las obligaciones se halla previsto en el artículo 1949 del Código Civil Federal, que establece:

La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe.

³⁹ SÁNCHEZ, *op. cit.*, pp. 90-91. Las cursivas son del citado autor.

El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y perjuicios en ambos casos. También podrá pedir la resolución aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible.

Dicha disposición legal se refiere al denominado *pacto comisorio tácito* por virtud del cual se entiende incluida en un contrato sinalagmático, aún cuando las partes omitan pactar al respecto, la facultad de resolverlo, solo que en este caso, la resolución tendrá que ser declarada por un órgano jurisdiccional.

Cuando las partes establecen expresamente la resolución por incumplimiento del contrato, caso en el que nos encontramos ante el llamado *pacto comisorio expreso*, la resolución opera por voluntad de la parte que cumplió con sus obligaciones, sin necesidad de intervención judicial.

En ambos supuestos, el ejercicio del derecho para resolver el contrato por incumplimiento requiere que quien lo ejercita haya cumplido, por su parte, con las obligaciones a su cargo; o bien, que tales obligaciones no sean todavía exigibles al ejercitarse la apuntada facultad, por estar sujetas a un término o a una condición.⁴⁰

La regulación de la resolución del contrato por incumplimiento en el Código Civil Federal difiere del tratamiento que le da a la cuestión, el inciso (1) del artículo 7.3.1 de los *Principios de UNIDROIT*, según el cual...

Una parte podrá dar por terminado el contrato si la falta de la otra al cumplir una de las obligaciones contractuales constituye un incumplimiento esencial.

En primer lugar, los *Principios* se refieren a "terminación" en lugar de "resolución". En segundo, de conformidad con los *Principios*, la manera de terminar el contrato es mediante declaración de la parte perjudicada, comunicada a la parte que incumplió, facultad que se reconoce aún cuando no se hubiere previsto en el contrato, lo que difiere substancialmente del *Código*,

⁴⁰ Cfr. SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 103.

en el que el *pacto comisorio tácito* exige la declaración judicial para la rescisión. Al respecto, el inciso (1) del artículo 7.3.2 de los *Principios* señala que...

El derecho de una parte a dar por terminado el contrato se ejercitará mediante una comunicación a la otra parte.

En tercer lugar, los Principios exigen que se trate de un *incumplimiento esencial*. El inciso (2) del citado artículo 7.3.1 precisa cuándo habrá de ser considerado el incumplimiento como esencial.

Para determinar si la falta de cumplimiento de una obligación constituye un incumplimiento esencial se tendrá en cuenta, en particular, si:

(a) el incumplimiento priva sustancialmente a la parte perjudicada de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, a menos que la otra no hubiera previsto ni podido prever razonablemente ese resultado;

(b) el cumplimiento estricto de la obligación insatisfecha era esencial dentro del contrato;

(c) el incumplimiento fue intencional o temerario;

(d) el incumplimiento le otorga a la parte perjudicada razones para creer que no puede confiar en el cumplimiento futuro de la otra;

(e) la terminación del contrato hará sufrir a la parte incumplidora una *pérdida* desproporcionada como consecuencia de su preparación o cumplimiento.

En México, la doctrina no es uniforme respecto de la calidad del incumplimiento. Sánchez Medal sostiene que "el incumplimiento debe ser grave y no de escasa importancia para fundar la pretensión de resolución del contrato".⁴¹ El citado maestro parte del *principio de la buena fe* en el cumplimiento de los contratos previsto en el artículo 1796 CCF, para sustentar su opinión.

⁴¹ SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 112.

Por el contrario, Adame Goddard considera que cualquier incumplimiento puede justificar, en principio, la resolución, dado que el *Código* no precisa qué tipo de incumplimiento daría lugar a ella.⁴²

Con la finalidad de evitar interpretaciones respecto de la importancia del incumplimiento, en el *joint venture agreement* habrán de quedar comprendidas las circunstancias que implicarán un *incumplimiento esencial* del contrato.

Entre las causas que originan la rescisión de ese contrato suelen señalarse las violaciones relacionadas a las *representations and warranties*,⁴³ cuya naturaleza tratamos en apartado distinto.⁴⁴

También habrán de quedar sujetos a los efectos de la rescisión, mediante disposición expresa, los contratos derivados del *joint venture*, entre los que existe conexidad negocial, puesto que forman parte de la operación observada en su conjunto.

Derivadas de su carácter *intuitu personae*, dos circunstancias relacionadas con la transmisión de la calidad de parte en el *joint venture* pueden originar la rescisión del contrato. La primera se presenta cuando se realiza la referida transmisión no obstante que quedó prohibida. La segunda, cuando la señalada transmisión se realiza sin sujetarse a los requisitos pactados por las partes, para que pueda tener lugar.

Cuando es una sociedad la que participa en el *joint venture*, la variación de los socios que en ella concurren, en contravención a lo establecido en el *joint venture agreement*, también puede ocasionar su rescisión.

Como tendremos oportunidad de analizar en apartado posterior, en caso de demora en el cumplimiento de la obligación, la parte perjudicada puede conceder a la otra un plazo adicional para cumplir. En esta hipótesis, el inciso (3) del referido artículo 7.3.1 de los *Principios de UNIDROIT* prevé la posibilidad de que la parte perjudicada dé por terminado el contrato si no se cumple la obligación "antes de la expiración del plazo adicional" concedido.

La comunicación de la determinación de terminar el contrato debe ser, en todo caso, oportuna, según se advierte del punto (2) del artículo 7.3.2 de los *Principios*. La señalada *oportunidad* estriba en que la comunicación habrá de

⁴² Cfr. ADAME Goddard Jorge, *Contratos Internacionales en América del Norte. Régimen Jurídico*, Mc Graw Hill, México 1999, p. 207.

⁴³ HARROCH, *op. cit.*, p. 7-106.1.

darse a la parte que incumplió en un *periodo razonable* después de que se conoció o se debió conocer del ofrecimiento tardío de la prestación o del cumplimiento defectuoso de la obligación.

Un punto no previsto en el derecho mexicano es la posibilidad de dar por terminado el contrato con anterioridad a la expiración del plazo fijado para el cumplimiento de una obligación, cuando existe la certeza de que una de las partes incurrirá en *incumplimiento esencial*. A esta posibilidad se refiere el artículo 7.3.3 de los Principios de UNIDROIT, en los siguientes términos:

Si con anterioridad a la fecha de cumplimiento de una de las partes queda claro que habrá un incumplimiento esencial por la otra parte, la otra puede dar por terminado el contrato.

Los aspectos relacionados con la rescisión del contrato se vinculan estrechamente con temas tales como los *mecanismos de salida* y la *resolución de controversias*.⁴⁵ A los primeros nos referimos más adelante en este mismo capítulo.

Aun cuando alguna de las partes haya incumplido con determinada obligación, se pretende conservar la eficacia del contrato de *joint venture* a través (1) del *derecho a subsanar* el incumplimiento de esa obligación y (2) de la concesión de un *plazo adicional para cumplir* la obligación incumplida, figuras que enseguida abordaremos.

5.3.2.6.1. *El derecho a subsanar el incumplimiento.*

Por lo general, se otorga al *venturer* que incumplió con alguna de sus obligaciones, la oportunidad de subsanar dicho incumplimiento, para lo cual se le otorga un plazo que se determina en el propio *joint venture agreement*. Según lo sostiene Harroch,⁴⁶ ese plazo puede ser indefinido, con tal de que el *venturer* realice con diligencia, lo que esté de su parte para enmendar el incumplimiento.

⁴⁴ Vide *supra* apartado 4.3.7 del Capítulo IV del Título Primero.

⁴⁵ HARROCH, *op. cit.*, p. 7-106.1.

⁴⁶ HARROCH, *op. cit.*, p. 7-106.1.

El artículo 7.1.4 de los Principios de UNIDROIT prevé el derecho a subsanar el incumplimiento, en los siguientes términos:

(1) La parte incumplidora podrá, a su cargo, subsanar cualquier incumplimiento, siempre y cuando:

(a) comunique sin demora injustificada su intención de subsanar su incumplimiento, indicando la forma en que intenta subsanarlo y el plazo para la subsanación;

(b) la subsanación sea apropiada a las circunstancias;

(c) la parte perjudicada carezca de interés legítimo para rechazarla; y

(d) dicha subsanación se lleve a cabo sin demora.

(2) La comunicación de la terminación del contrato no impide el derecho a subsanar el incumplimiento.

(3) Los derechos de la parte perjudicada que fueren incompatibles con la prestación de la parte incumplidora, quedarán suspendidos desde la comunicación de la intención de subsanar el incumplimiento hasta la expiración del plazo para la subsanación.

(4) Mientras se encuentre pendiente la subsanación del incumplimiento, la parte perjudicada podrá aplazar su propia prestación.

(5) Independientemente de la subsanación del incumplimiento, la parte perjudicada conserva el derecho a reclamar el resarcimiento por el retraso, al igual que cualquier daño causado o que no pudo ser evitado por la subsanación.

Como lo sostiene Adame Goddard, la "idea fundamental es mantener en vigor el contrato y evitar la resolución del mismo cuando sea posible que la parte perjudicada obtenga una reparación debida".⁴⁷

La circunstancia de que se haya comunicado la terminación del contrato por incumplimiento no extingue el derecho a subsanar la obligación incumplida. Adame Goddard considera que "tendrá que decidirse caso por caso qué debe prevalecer, si la notificación de la subsanación o la notificación de dar por terminado el contrato".⁴⁸

Estimamos que tal afirmación es errónea, dado que el punto (3) del referido artículo prevé la suspensión de los derechos de la parte perjudicada

⁴⁷ ADAME, *op. cit.*, p. 184.

⁴⁸ ADAME, *op. cit.*, p. 184.

que fueren incompatibles con el cumplimiento de la obligación, desde que se comunica la intención de remediar el incumplimiento, lo que incluye los propios efectos de la terminación, puesto que el señalado punto los excluye. El comentario de los *Principios* aclara la cuestión.

Si la parte perjudicada ha dado por terminado el contrato correctamente... los efectos de la terminación... también quedarán suspendidos por una comunicación efectiva de subsanación. Si se subsana la falta de cumplimiento, la comunicación de la *subsanación (sic)* (debe leerse *terminación*) carecerá de efectos. Por otra parte, los efectos de la terminación se despliegan si ha expirado el plazo de la terminación y no se ha subsanado algún incumplimiento esencial.⁴⁹

Es preciso mencionar que una vez recibida la notificación de subsanación, la parte perjudicada debe permitirla y cooperar para que la obligación incumplida pueda remediarse. De lo contrario, la comunicación de terminación del contrato carecerá de efecto, además de que perderá el derecho al resarcimiento de los daños, puesto que éste "podría haberse evitado mediante la subsanación".⁵⁰

5.3.2.6.2. El plazo adicional para el cumplimiento.

El artículo 7.1.5 de los señalados *Principios* establece la posibilidad de que la parte perjudicada por el incumplimiento otorgue a la otra parte, un plazo adicional para el cumplimiento.

(1) En caso de incumplimiento, la parte perjudicada podrá conceder a la otra un plazo adicional para que cumpla, y así se lo comunicará.

(2) Durante el transcurso de ese plazo adicional, la parte perjudicada podrá suspender el cumplimiento de sus propias obligaciones correlativas y reclamar el resarcimiento, pero no podrá ejercitar ninguna otra acción. La parte perjudicada podrá ejercitar cualquiera de las acciones previstas en este capítulo si recibe una comunicación de la otra parte que no cumplirá dentro de dicho

⁴⁹ UNIDROIT, *Principios sobre los Contratos Internacionales*, p. 174.

⁵⁰ UNIDROIT, *ib.*, p. 175.

plazo adicional o si éste expirase sin que la prestación debida haya sido realizada.

(3) En caso de que la demora en el cumplimiento no sea esencial, la parte perjudicada que ha comunicado a la otra el otorgamiento de un plazo adicional de duración razonable, podrá dar por terminado el contrato al vencimiento de dicho plazo. El plazo adicional que no fuere de una duración razonable podrá ser ampliado en consonancia con dicha duración. En su comunicación, la parte perjudicada podrá prevenir al comunicarle el otorgamiento de un plazo adicional, que si no cumple dentro de dicho plazo el contrato quedará automáticamente terminado.

(4) El inciso (3) no se aplicará cuando la prestación incumplida sea tan sólo una mínima parte de la obligación contractual asumida por la parte incumplidora.

El plazo adicional a que se refiere la señalada disposición se inspira en la figura alemana del *Nachfrist*, según lo señala el *comentario*.⁵¹ Se diferencia del plazo adicional que implica el ejercicio del *derecho a subsanar* el incumplimiento, en que aquél se concede por voluntad propia del acreedor, en tanto que en éste, es el deudor quien señala el plazo al comunicar la intención de efectuar la subsanación.⁵²

Cuando se trata de un incumplimiento no-esencial, el contrato podrá darse por terminado al vencimiento del plazo adicional concedido, siempre que (1) dicho plazo sea de una duración razonable y (2) que la parte perjudicada prevenga al comunicar el otorgamiento del plazo adicional, que el contrato quedará terminado por el *mero hecho*⁵³ de no cumplirse la obligación en el lapso concedido. De esta manera, se consigue que el incumplimiento se considere esencial.⁵⁴

⁵¹ Cfr. UNIDROIT, *ib.*, p. 176.

⁵² Cfr. ADAME, *op. cit.*, p. 187.

⁵³ Adame entiende que ese es el significado de la expresión "automáticamente" a que se refiere el punto (3) del artículo 7.1.5 de los Principio de UNIDROIT (ADAME, *ib.*, p. 187).

⁵⁴ Cfr. ADAME, *ib.*, pp. 187-188.

5.3.3. LAS CONSECUENCIAS DE LA TERMINACIÓN.

Los efectos de la terminación del *joint venture* son diversos dependiendo (1) de la causa que la origine y (2) de la clase de *joint venture* del que se trate. En este último caso, las consecuencias variarán tratándose de un *joint venture* contractual o de un *joint venture* societario.

La terminación del contrato en cuestión tendrá repercusiones sobre los negocios jurídicos que de él se deriven, que también podrían terminar. En el caso del *joint venture* societario, los efectos se trasladarán a la sociedad que sirvió de instrumento para su ejecución, que sufrirá modificación en la *participación subjetiva*, o bien, quedará sujeta a disolución y liquidación, cuestiones que será conveniente prever.

La interrogante que surge del señalado aspecto estriba en saber si los efectos de la terminación del *joint venture agreement* se trasladan *ipso jure* a los mencionados negocios jurídicos y a la sociedad, o es necesario que exista pacto expreso de las partes, para que ello ocurra.

La respuesta no puede ser unívoca. Es incuestionable que la relación jurídica derivada de un *joint venture* puede dar lugar a una relación compleja que incluya en su concepción, a los negocios jurídicos derivados y a la sociedad. En relación con los primeros, estimamos que los efectos de la terminación del *joint venture agreement* se producirán sobre ellos, aún en ausencia de acuerdo sobre el particular. En el caso de la sociedad, por el contrario, será menester que se prevea esa circunstancia, por lo menos en el estatuto social, especialmente para que pueda oponerse a terceros.

Por otra parte, la terminación de los negocios jurídicos derivados del *joint venture* no tiene porqué incidir, necesariamente, en la terminación de éste. No obstante, puede pactarse en el *joint venture agreement* que el incumplimiento de las obligaciones previstas en aquellos, ocasionará también, la rescisión de este contrato.

Ahora bien. En materia de resolución del contrato de *joint venture* por incumplimiento, podemos sostener que son cinco sus efectos principales: (1) Liberar al *venturer* perjudicado de las obligaciones a su cargo; (2) extinguir las obligaciones a cargo del *venturer* incumplido; (3) resarcir al *venturer* perjudicado de los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento; (4) la

restitución recíproca de las prestaciones por los *venturers*⁵⁵ y, (5) la subsistencia de las disposiciones contractuales que deban conservar su eficacia con posterioridad a la resolución.

A tales efectos se refieren los artículos 7.3.5 y 7.3.6 de los Principios de UNIDROIT:

A. Efectos generales de la terminación (artículo 7.3.5).

(1) La terminación del contrato releva a las partes de la obligación de efectuar y aceptar prestaciones futuras.

(2) La terminación no excluye el derecho al resarcimiento por el incumplimiento.

(3) La terminación no altera las disposiciones contractuales relativas a la resolución de controversias o cualquier otra cláusula del contrato destinadas a tener efecto aún después de su terminación.

B. Restitución (artículo 7.3.6).

(1) A la terminación del contrato, cada parte puede reclamar a la otra la restitución de lo que haya entregado en razón de dicho contrato, siempre y cuando restituya a la vez lo que recibió. Si no es posible o apropiada la restitución en especie, deberá hacerse una compensación en dinero, siempre que sea razonable.

(2) Con todo, si el contrato es divisible y su cumplimiento se extendió durante algún tiempo, dicha restitución cabrá sólo en relación a lo dado y recibido con posterioridad a la terminación del contrato.

En relación con la restitución, habrá de tenerse presente que el *joint venture* es un contrato de duración, por lo que sus alcances habrán de ser *ex nunc, desde ahora*.

Como lo sostiene Sánchez Medal, en esa clase de contratos "el efecto de la resolución no alcanza las prestaciones ya realizadas, en virtud de que las prestaciones singulares de tales contratos tienen un carácter autónomo". E, propio autor aclara que "tal autonomía significa que de esos contratos nacen cantidades de prestación y atribución que en sí están en relación económica de

⁵⁵ Al referirse a los efectos de la resolución de los contratos por incumplimiento en forma genérica, Sánchez Medal identifica los primeros cuatro efectos (SÁNCHEZ,

equivalencia", por lo que pueden separarse económica y jurídicamente del resto de las prestaciones, tanto las precedentes como las sucesivas, sin afectar la finalidad del contrato.⁵⁶

La irretroactividad de la resolución en los contratos de duración se presenta siempre que las prestaciones y atribuciones ya realizadas, correspondan proporcionalmente con una prestación de la otra parte, de lo contrario "habrá lugar a una restitución parcial".⁵⁷

Por otro lado, habrá de preverse en el *joint venture agreement* qué sucederá con los bienes afectos al *joint venture*, en el caso de rescindirse el contrato.

Los bienes pueden venderse y el producto de la venta distribuirse entre los *venturers*, de acuerdo con la participación que le corresponda. En ese caso, puede establecerse, como pena convencional, que el *venturer* que incumplió recibirá una cantidad menor a la que le corresponde, debido a su incumplimiento.

También puede establecerse que tales bienes se distribuirán entre los *venturers*, en especie. En este caso, no debe omitirse en el acuerdo la manera de valorar y distribuir los bienes.

5.3.4. LOS MECANISMOS DE SALIDA.

Los medios que las partes utilizan para separarse de un *joint venture* se conocen como *mecanismos de salida*. Estos entran en juego, esencialmente, en dos supuestos: (1) cuando las partes se hallan en una situación de *impasse* y (2) cuando uno de los *venturers* incumple el contrato y la otra parte desea retirarse.

Cuando el incumplimiento es el que pone en funcionamiento el *mecanismo de salida*, el acuerdo normalmente prevé que el único que puede aprovecharse de ese *mecanismo* es la parte que no incurrió en incumplimiento.

Aún cuando los *mecanismos de salida* no resuelven directamente una controversia determinada, crean un fuerte incentivo para que las partes

op. cit., pp. 117-118).

⁵⁶ SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 125.

⁵⁷ SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 125-126.

intenten dar solución al problema que se presenta. Ante la disyuntiva de optar entre resolver la disputa o retirarse del *joint venture*, lo que implica terminarlo, las partes normalmente prefieren lo primero.

En la mayoría de los casos, el empleo de un *mecanismo de salida* origina la terminación del *joint venture*, sobre todo, cuando se trata de un *joint venture* al cincuenta por ciento entre las dos partes.

En el caso de los *joint ventures* en que se relacionan más de dos partes, puede establecerse en el acuerdo que el empleo de los *mecanismos de salida* por alguno de los *venturers* no originará la terminación del *joint venture*, por lo que éste continuará con las partes restantes.

Los *mecanismos de salida* pueden consistir en (1) concederles a las partes el derecho a vender su participación al *venturer* que incumplió o, en su caso, el derecho a comprar la participación de éste, que se conoce como *puts and calls options*; ó (2) el *buy – sell device*.

En ambos casos estamos en presencia de un negocio jurídico preliminar; no se trata, desde nuestro concepto, de una promesa de contrato sujeta a condición suspensiva.

5.3.4.1. *Puts and calls options.*

Una opción que podría emplearse en caso de incumplimiento del acuerdo por alguna de las partes, que se conoce como ***put (de poner)***, estriba en otorgar, a quien cumplió, la oportunidad de poner su interés en el *joint venture* a disposición de la parte que incumplió para que ésta lo adquiera de manera obligatoria, a un precio previamente definido o, en su caso, a un precio que se calcule de acuerdo con alguna fórmula establecida en el propio acuerdo de *joint venture*.⁵⁸

Una alternativa, identificada como ***call (de pedir)***, es precisamente la inversa, es decir, otorgar a la parte que cumplió, la oportunidad de adquirir el interés de la parte que incumplió; ésta es, quizá, la opción más común en los acuerdos del *joint venture*.⁵⁹ Ello se debe a que la parte que incumple puede

⁵⁸ HARROCH, *op. cit.*, p. 7-106.2.

⁵⁹ HARROCH, *ib.*, pp. 7-106.2, 7-106.3.

tener dificultades financieras que ocasionaron el incumplimiento, lo que le impedirá, desde luego, adquirir la porción de la parte que cumplió.

En este último caso, podría establecerse el precio de la operación con un descuento, que podría considerarse como pena convencional por el incumplimiento. El importe del descuento normalmente fluctúa entre el diez y el quince por ciento.⁶⁰

El precio puede establecerse de diversas maneras: (1) una cantidad definida de antemano en el acuerdo de *joint venture*; (2) el valor en libros⁶¹ que represente el interés o (3) el importe del capital que el socio hubiere aportado, según se muestre en los estados financieros; (4) puede también acudir a las ganancias o al flujo de caja como referencia, cuyos importes se incrementan en la forma previamente acordada; y, por último, (5) el precio puede ser fijado por un valuador (*investment bankers*).

5.3.4.2. *Buy – sell device*.

El mecanismo más usual que se emplea para concluir la relación entre los *venturers*, tratándose de un acuerdo entre dos partes, es el conocido como *buy – sell trigger*.

De acuerdo con ese mecanismo, cada uno de los *venturers* tiene el derecho de fijar el precio en que desea adquirir el interés del otro *venturer*, que servirá de base para que la otra parte lo venda o, en su caso, adquiera el interés del *venturer* oferente.

Si uno de ellos quiere ejercer ese derecho de comprar o vender, comunica al otro *venturer* su decisión y señala el precio. El *venturer* receptor tiene derecho a elegir si quiere vender o comprar al precio fijado por el oferente. Dado que el *venturer* a quien se dirige la oferta inicial tiene el derecho a elegir si vende o compra al mismo precio, ello constituye un fuerte incentivo para que el oferente inicial establezca, de inicio, un precio justo.

⁶⁰ En algunas legislaciones podría representar algún problema considerarlo como pena convencional; por ello, para reducir este riesgo, se debe considerar el descuento como equivalente para resarcir daños.

⁶¹ El valor en libros es el valor con el que se han anotado los bienes en el registro contable de los comerciantes, que atiende al *principio de registro*, según el cual los

Puede convenirse que este mecanismo se desarrolle en forma de *subasta privada*. Específicamente, si el *venturer* a quien se dirige la oferta inicial quiere comprar, éste podrá hacerlo sólo a un precio mayor, por ejemplo, un cinco por ciento arriba del precio propuesto originalmente. El oferente inicial habrá de decidir si quiere vender a ese precio mayor o, en su caso, si desea comprar, supuesto en el que debe incrementar su oferta de tal manera que el precio sea superior al precio ofrecido por el *venturer* receptor. Este proceso continua hasta que alguna de las partes acepte vender. De esta manera las partes quedan vinculadas en una *subasta privada* en la que el precio se incrementa de acuerdo con montos determinados en el acuerdo hasta que las partes deciden vender.

En el acuerdo de *joint venture* habrán de establecerse (1) el plazo que las partes tendrán para aceptar o rehusar la oferta y (2) las consecuencias derivadas de su silencio, al que normalmente se le atribuye el efecto de considerar aceptada la oferta.

Esta opción podría no funcionar cuando son más de dos partes o cuando la participación de las partes en el *joint venture* no es al cincuenta por ciento, para cada una. Tampoco podría funcionar cuando ninguna de las partes se interesa en ser comprador y, finalmente, tampoco podría funcionar si una de las partes es financieramente más fuerte que la otra.

Otro factor que también podría afectar este tipo de disposiciones contractuales es aquel en que alguno de los *venturers* juega un papel esencial en el negocio, puesto que la otra parte podría verse obligada a vender su parte por esa razón, pero su contraparte no desea adquirirla.

Los *venturers* también pueden limitar el empleo de este tipo de dispositivos, por ejemplo a plazos específicos, de tal manera que los *venturers* no sean tomados por sorpresa al invocarse ese derecho.

Las partes normalmente rehúsan incorporar este tipo de cláusulas en el acuerdo de *joint venture* dado que no les gusta la idea de que otros *venturers* puedan forzarlos a comprar o vender; sin embargo, en un *fifty – fifty joint*

venture,⁶² cuando las partes se hallan equilibradas entre sí, desde el punto de vista financiero, constituye un fuerte incentivo para resolver controversias, y un medio efectivo para retirarse del *joint venture* si la controversia no puede resolverse.

5.3.4.3. Otros mecanismos de salida.

A) Cláusula alfa - beta.⁶³

1. Para los efectos del presente punto, se denominará como ALFA a la parte que ejercite el derecho de dar por terminada la presente relación, y BETA a la otra parte, entendiéndose como "parte" a _____.

1.1. Cuando una de las partes (ALFA) ejercite su derecho a dar por terminada la relación, por voluntad propia, deberá solicitar del otro (BETA) que le compre su participación accionaria, al precio que aquél mismo proponga.-----

En el caso de que BETA no dé respuesta a la misma en un plazo de treinta días contados a partir de la fecha en la que hubiere recibido, en cualquier forma, la oferta, se entenderá que la acepta.-----

En todo caso, deberá respetarse el derecho de preferencia de los socios de la Sociedad para adquirir las acciones que se enajenen, en proporción a su participación accionaria.-----

1.2. Si BETA desea adquirir las acciones de ALFA, pero no estuviere de acuerdo en el precio que se le propone, las acciones serán valuadas por cualquiera de las empresas siguientes: KPMG, Price Waterhouse, Andersen Consulting, a elección de BETA. En este caso, BETA quedará obligada a comprar las acciones al precio fijado por las empresas referidas.-----

1.3. Si la oferta no fuere aceptada por BETA, ésta podrá proponer la venta de su participación accionaria a ALFA (oferente original), al mismo precio que ALFA hubiere fijado por sus acciones, considerando el valor unitario por acción. En ese caso se seguirá el procedimiento previsto en el punto 1.5.-----

1.4. Si BETA no acepta la oferta ni desea vender su participación accionaria, entonces ALFA podrá transmitir a terceros su participación

⁶² Se trata de un *joint venture* en el que concurren dos partes, cada una con una participación del cincuenta por ciento.

⁶³ Cláusula utilizada en un *joint venture* celebrado entre una empresa colimense y una sociedad unimembre alemana, para la producción de vegetales encurtidos.

accionaria, siempre que el tercero no tenga antecedentes penales. Cuando se tratará de una sociedad, ese requisito se extenderá a todos sus socios. -----

En este caso, si BETA son los socios fundadores, los estatutos de _____ y sus subsidiarias deberán modificarse de acuerdo con la propuesta hecha por los propios socios fundadores, con anticipación a la mencionada transmisión. -----

BETA podrá oponerse hasta en dos ocasiones a la transmisión de las acciones, por la razón que fuere, y aún cuando no hubiere motivo alguno. Para ello, ALFA deberá notificar por escrito a BETA, el nombre de la persona o de las personas interesadas en adquirir las acciones. La oposición deberá ejercitarse en un plazo de treinta días contados a partir de la fecha en que hubiere recibido la notificación. -----

BETA no podrá oponerse a la transmisión de las acciones, a partir de la cuarta ocasión.

Se entiende que en cada ocasión se trata de adquirentes interesados distintos, por lo que ALFA no podrá proponer a la misma persona interesada en adquirir las acciones, en ocasiones distintas, cuando hubiere habido oposición de BETA. -----

1.5. En el supuesto previsto en el punto 1.3, ALFA deberá dar respuesta en el plazo de treinta días contados a partir de la fecha en la que reciba la contraoferta en cualquier forma; si no diere respuesta en ese plazo, se entenderá que la acepta. -----

En caso de que ALFA rechace la contraoferta que le realice BETA, entonces ALFA podrá transmitir sus acciones a terceros, conforme al procedimiento que se señala en el punto 1.4. -----

1.6. El pago del precio de la compra de la participación accionaria que en su caso deban realizar ALFA o BETA, se hará en un plazo no mayor de sesenta días contados a partir de la fecha en que se entienda aceptada la compra, a menos que las partes pacten un plazo y una forma de pago distinta. -----

En caso de mora en el pago del precio de las acciones, se devengarán intereses moratorios a razón de la *United States Prime Rate*. -----

B) Cláusula para contratos en los que se invierte como capital de riesgo o venture capital.⁶⁴

1. "LOS ACCIONISTAS PRIVADOS" asumen el compromiso de adquirir el paquete accionario de _____ al término de la temporalidad prevista de los cinco años, contados a partir de la fecha de la primera aportación accionaria de dicha Institución al capital social de "LA SOCIEDAD", al valor que resulte mayor de aplicar los criterios que a continuación se señalan:

a) El Capital Contable de "LA SOCIEDAD", considerando los estados financieros correspondientes al último ejercicio social elaborados y expresados conforme a los principios de contabilidad generalmente aceptados y dictaminados por auditor independiente. En caso de que hayan transcurrido más de tres meses de la fecha de cierre de dicho ejercicio, se requerirán los estados financieros del mes inmediato a la fecha en que deban valuarse las acciones, elaborados y expresados conforme a los principios de contabilidad generalmente aceptados y certificados por auditor independiente.

El resultado que se obtenga se multiplicará por 1.18 (uno punto dieciocho) y se dividirá entre el número total de acciones liberadas, y las no liberadas cuando éstas se encuentren parcialmente, emitidas por la sociedad. Por último, la cantidad que resulte de dicha operación, se multiplicará por el número de acciones que se enajenen.

Entendiéndose por Capital Contable, el resultado del dictamen del Auditor Externo. En caso de controversia, se encontrará una tercería autorizada por todos los accionistas, cuyos resultados será inapelables. El costo será cubierto por la empresa, a menos que los resultados del auditor externo se confirmen, en cuyo caso será cubierto por la parte que presentó la inconformidad.

b) El Capital Social actualizado con base en el Índice Nacional de Precios al Consumidor (o el índice que lo sustituya), publicado por el Banco de México o la institución oficial que lo emita, durante el periodo comprendido entre la fecha de suscripción de dichas acciones y la fecha de enajenación de las mismas. Al resultado obtenido se le restará el valor de los dividendos pagados en efectivo a la fecha de enajenación, actualizado por el mismo método señalado en este inciso.

⁶⁴ Cláusula utilizada en un contrato de asociación empresarial celebrado por el Fondo de Capitalización e Inversión del Sector Rural (FOCIR), fideicomiso constituido por el gobierno federal mexicano, para invertir en capital de riesgo en sociedades mexicanas.

La cantidad que resulta se multiplicará por 1.21 (uno punto veintiuno) y se dividirá entre el número total de acciones liberadas, y las no liberadas cuando estas se encuentren parcialmente pagadas, emitidas por la sociedad. Por último, la cantidad que resulte de dicha operación, se multiplicará por el número de acciones que se enajenen.

Una vez determinado el precio de las acciones, los compradores contarán con un plazo de gracia de 30 (treinta) días para hacer el pago correspondiente.

Con el objeto de determinar el precio de las acciones en la fecha real de su enajenación, se aplicará el valor que resulte más alto de cualquiera de los cálculos descritos en los incisos a) y b) de esta cláusula.

Al efecto anterior se deberá presentar la situación financiera y los resultados de operación de las diversas empresas que conforman al grupo, como si se tratara de una sola empresa mediante la consolidación de los Estados Financieros, mismos que deberán prepararse y presentarse de acuerdo a los principios de contabilidad generalmente aceptados y formularse de acuerdo a las particularidades emitidas por el Instituto Mexicano de Contadores Públicos, debiendo estar reexpresados a la fecha de compra conforme al Boletín B-10.

Sólo en caso de que los adquirentes, no cubran el valor del precio de las acciones dentro de los 30 (treinta) días siguientes contados a partir de la fecha en la que se determinó su precio, la actualización del valor de las mismas se llevará a cabo mediante la aplicación del porcentaje correspondiente al promedio ponderado de la tasa líder a la que se coticen los instrumentos de renta fija emitidos por el Gobierno Federal, dividido entre 360 (trescientos sesenta) y multiplicado por los días que transcurran a partir de la fecha en la que debieron ser pagadas las acciones y hasta el día en que quede totalmente cubierto el precio de las mismas.

Para efecto de lo dispuesto por la presente cláusula los "ACCIONISTAS PRIVADOS" se obligan a no ejercer u oponer derecho alguno en la celebración de dicha operación de transferencia accionaria.

2. El precio de la compraventa a que se refiere el punto anterior será al contado, salvo que _____ y los compradores acuerden otra cosa.

3. Una vez cumplido el quinto año de que _____ haya suscrito las primeras acciones, conforme a lo indicado en la Cláusula Segunda. "LOS ACCIONISTAS PRIVADOS" se obligan a adquirir las acciones suscritas y pagada por _____, de acuerdo con las bases indicadas en el punto primero anterior.

Si dentro del plazo que vence al cumplirse el quinto año, contado desde el momento en que se hayan efectuado las aportaciones señaladas en la Cláusula _____ de este CONVENIO, no se han adquirido las acciones suscritas por _____, éste estará en libertad de demandar la compra forzosa de dichas acciones, en los términos de este instrumento o de ofrecerlas y venderlas, junto con las acciones que se encuentren fideicomitadas, a favor de un tercero en los términos consignados en el Contrato de Fideicomiso respectivo, sin que "LOS ACCIONISTAS PRIVADOS" puedan ejercer u oponer derecho alguno en la celebración de dicha operación de transferencia accionaria.

4. Sin perjuicio de lo anterior, "LOS ACCIONISTAS PRIVADOS", se obligan a adquirir las acciones propiedad de _____ en el capital social de dicha sociedad, antes del término de la temporalidad prevista, en los siguientes casos:

a) Si la operación de "LA SOCIEDAD", reporta pérdidas acumuladas que representen el 30% (treinta por ciento) de su capital social suscrito y pagado y se determine por parte de los Órganos de Decisión de _____, su no viabilidad como negocio en marcha o exista la imposibilidad por parte de "LOS ACCIONISTAS PRIVADOS" de capitalizar la empresa con recursos frescos que le permitan tener una estructura financiera sana y calidad como sujeto de crédito;

b) La Dirección General de "LA SOCIEDAD" incurra en malos manejos;

c) No se cumpla el objetivo del PROYECTO y los compromisos asumidos por "LOS ACCIONISTAS PRIVADOS" ante _____;

d) "LOS ACCIONISTAS PRIVADOS" desarrollen negocios paralelos en los que no participe _____, siempre que dichos proyectos se relacionen con el objeto social de "LA SOCIEDAD" y "LOS ACCIONISTAS PRIVADOS" no haya invitado a _____ a participar en ellos, en cuyo caso, el o los accionistas privados que desarrollen negocios paralelos serán los directamente obligados a adquirir la tenencia accionaria de _____;

e) En caso de que "LOS ACCIONISTAS PRIVADOS", conviertan el proyecto o la empresa en un centro de costos y financiamiento, en contravención al Plan de Negocios y,

f) En caso de que "LA SOCIEDAD" no proporcione la información y apoyo necesario para el buen desempeño de las funciones encomendadas al auditor interno a que se refiere la cláusula _____.

De presentarse alguna de las situaciones anteriores, con excepción del inciso a), relativo a las pérdidas acumuladas, las primas de salida establecidas

para la desinversión de _____, aplicables a cada caso, se multiplicarán por 1.5 (uno punto cinco).

5.3.5. LA INDEMNIZACIÓN DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS.

El *simple hecho* del incumplimiento de las obligaciones constriñe al que incumplió a resarcir, a la parte perjudicada, los daños y perjuicios sufridos como consecuencia *inmediata y directa* de ese *hecho ilícito*.

El derecho al resarcimiento se halla contemplado en el artículo 7.4.1 de los Principios de UNIDROIT, según el cual:

Todo incumplimiento otorga a la parte perjudicada un derecho al resarcimiento, ya sea exclusivo o en concurrencia con otras pretensiones, salvo que el incumplimiento fuere excusable conforme a estos Principios.

La reparación del daño debe ser *integral* e incluye el *daño moral*, al que los Principios se refieren como *daño inmaterial* o *no pecuniario*. Ese aspecto se encuentra previsto en el artículo 7.4.2 de los Principios de UNIDROIT, como sigue:

(1) La parte perjudicada tiene derecho a la reparación integral del daño derivado del incumplimiento. Este daño comprende tanto cualquier pérdida sufrida, así como cualquier ganancia de la que se haya visto privada, teniendo en cuenta cualquier ganancia que la parte perjudicada hubiera obtenido al evitar gastos o daños.

(2) Tal daño puede ser no pecuniario e incluye, por ejemplo, el sufrimiento físico y la angustia emocional.

De acuerdo con el punto (1) del artículo 7.4.3 de los Principios de UNIDROIT, es posible que los *daños futuros* sean materia de resarcimiento, cuando pueda determinarse, con un grado razonable de certeza, que ocurrirán.

Respecto de la cuantía de los daños, el apartado (2) del citado artículo prevé la *facultad discrecional* del tribunal para fijar el importe de la indemnización, cuando aquella sea imposible de establecer con suficiente certeza.

La parte que resulte perjudicada por el incumplimiento habrá de adoptar las medidas que fueren necesarias para atenuar los daños sufridos. El artículo 7.4.8 de los Principios de UNIDROIT se refiere al referido aspecto:

(1) La parte incumplidora no es responsable del daño sufrido por la parte perjudicada en cuanto ésta podía haberlo reducido adoptando medidas razonables que no adoptó.

(2) La parte perjudicada tiene derecho a recuperar cualquier gasto en que incurrió razonablemente tratando de reducir el daño.

5.3.6. LA LIQUIDACIÓN DEL *JOINT VENTURE*.

El *joint venture* debe establecer también los procedimientos que para liquidarlo habrán de seguirse después de la terminación del *joint venture*.

Muchos de los acuerdos establecen que los bienes del *joint venture* se utilizarán primero para pagar las deudas del *joint venture* con terceras personas, y una vez satisfechas estas deudas, para pagar a los *venturers*. Si queda algún bien, entonces se distribuye entre los *venturers*.

Normalmente se designa a una de las partes como responsable de la liquidación, a quien se le otorga la facultad de actuar con discreción en las decisiones para la liquidación.

El documento puede prever que los bienes del *joint venture* se vendan y se distribuya su importe, o bien, que se repartan los bienes en especie. También puede establecerse que a la liquidación, alguno de los *venturers* reciba determinados bienes.

Las disposiciones relativas a la liquidación deben tomar en cuenta cualquier penalidad que se hubiere establecido a cargo de quien hubiere incumplido el contrato, puesto que debe recordarse que el *joint venture* puede terminar en caso de incumplimiento de alguna de ellas.

SEGUNDA PARTE

Capítulo I

EL PROTOCOLO O CARTA DE INTENCIÓN

1.1. La etapa precontractual y la carta de intención. 1.2. La libertad de negociación. 1.3. El concepto de la carta de intención. 1.4. La responsabilidad civil derivada de las negociaciones como responsabilidad negocial. 1.4.1. Tesis de Ihering. 1.4.2. Tesis de Faggella. 1.4.3. Tesis de Saleilles. 1.4.4. Tesis de Brebbia. 1.5. Requisitos de la carta de intención. 1.5.1. Las partes en el *joint venture*. 1.5.2. Objetivo del *joint venture*. 1.5.3. Contribución de las partes al *joint venture*. 1.5.4. Vigencia de la carta de intención. 1.5.5. Carácter provisional. 1.5.6. Obligación de confidencialidad. 1.5.7. Obligación de no competir. 1.5.8. Otros aspectos de la carta de intención. 1.6. Documentos que se anexan a la carta de intención. 1.7. Contrato preparatorio o promesa de contrato de *joint venture*.

1.1. LA ETAPA PRECONTRACTUAL Y LA CARTA DE INTENCIÓN.

La etapa precontractual es el periodo previo a la celebración de un contrato, que se caracteriza por las negociaciones, ofertas y contraofertas que las partes realizan, tendientes a la conclusión de ese contrato.

Ese periodo previo a la vinculación contractual se integra, básicamente, por dos distintas subetapas: la primera comienza cuando las partes inician las negociaciones y concluye con la oferta; la segunda empieza, precisamente, en el momento en que la oferta se emite y termina cuando el contrato se perfecciona. El periodo precontractual puede terminar, en cualquiera de las señaladas subetapas, cuando las partes se desvinculan al ser imposible la conclusión del contrato.¹

En el *joint venture*, la señalada etapa precontractual reviste complejidad por el cúmulo de aspectos que las partes deben analizar, dado que ese tipo de

¹ Faggella dividió la etapa precontractual en las dos subetapas apuntadas; la primera la subdividió a su vez, en otras dos partes: "un periodo de negociaciones preliminares o tratativas propiamente dichas;... un periodo que tiene por objeto concretar la oferta definitiva". (BREBBIA Roberto H., *Culpa Precontractual*, en Enciclopedia Jurídica OMEBA, tomo V, Driskill, Buenos Aires 1986, p. 282.

vinculaciones implican la asociación entre ellas y una relación de colaboración que puede prolongarse en el tiempo.

En el primer periodo descrito, en el que tienen lugar las tratativas o *pourparlers*,² quienes buscan vincularse a través de un *joint venture* acuden, comúnmente, a la carta de intención. Éste es el instrumento preferido por los negociadores de un *joint venture* internacional,³ que les permite dejar constancia de su interés para entablar negociaciones encaminadas a lograr la celebración de esa clase de contratos, sin que queden por ello obligadas a celebrarlo. Constituye el documento ideal para ese propósito, especialmente cuando las partes intentan entablar relaciones comerciales entre ellas, por primera vez.

Las negociaciones permiten a las partes conocerse y observar la manera como se conducen, lo que influye en la confianza o desconfianza que será determinante en el resultado de éstas.

Durante los tratos previos, las partes intercambian ideas, las comentan, las analizan y discuten, realizan propuestas, comienzan a definir y redactar las cláusulas del contrato y, de ser necesario, el contenido de los acuerdos colaterales.

1.2. LA LIBERTAD DE NEGOCIACIÓN.

En esa primera subetapa del periodo precontractual, se reconoce a las partes plena libertad para negociar la conclusión de un contrato. De acuerdo con el artículo 2.15 inciso (1) de los Principios Sobre los Contratos Comerciales Internacionales de UNIDROIT,⁴

Cualquiera de las partes es libre de entablar negociaciones y no incurre en responsabilidad en el supuesto de que éstas no culminen en acuerdo.

² Término introducido por Saleilles.

³ WOLF Ronald Charles, *A Guide to International Joint Venture with Sample Clauses*, Klumer Law, segunda edición, London-Cambridge 1999, p. 19.

⁴ INSTITUTO INTERNACIONAL PARA LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO, *Principios Sobre los Contratos Comerciales Internacionales*, Roma 1995, p. 52.

Esta disposición recoge el principio de libertad de negociación, que se relaciona, de manera estrecha, con la libertad de contratación que se precisa en el artículo 1.1 de los mencionados Principios.⁵ El comentario oficial al referido principio sostiene que...

las partes no sólo cuentan con amplia libertad para decidir cuándo y con quién entablar negociaciones con miras a la celebración de un contrato, sino también para decidir cómo y por cuánto tiempo proseguir con los esfuerzos por llegar a un acuerdo.⁶

Este principio de libertad de negociación no es, sin embargo, ilimitado; quienes negocian deben observar también, el principio de buena fe y lealtad negocial.⁷ Ello significa que las negociaciones habrán de entablar, en principio, con la real intención de llegar a un acuerdo, lo que implica que los negociadores aporten todo lo que esté de su parte para concluir, en forma satisfactoria, las tratativas; quien actúe distinto será responsables de los daños y perjuicios causados a la otra parte.⁸

El artículo 2.15 incisos (2) y (3) de los Principios Sobre los Contratos Comerciales Internacionales de UNIDROIT establecen que...

(2) ... la parte que ha negociado, o ha interrumpido las negociaciones, con mala fe será responsable por los daños causados a la otra parte.

(3) En especial, se considera mala fe el entrar en negociaciones o continuarlas con intención de no llegar a un acuerdo.

⁵ El referido artículo 1.1 de los Principios Sobre los Contratos Comerciales Internacionales establece: "Las partes tienen libertad para celebrar un contrato y determinar su contenido".

⁶ Ello es distinto, sin embargo, a comprometerse a negociar, que es lo que sucede en la carta de intención. INSTITUTO INTERNACIONAL PARA LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO, *Principios Sobre los Contratos Comerciales Internacionales*, Roma 1995, p. 53.

⁷ Este principio se enuncia en el artículo 1.7 de los Principios UNIDROIT, como sigue: "(1) Las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional. (2) Las partes no pueden excluir ni restringir la aplicación de este deber".

1.3. EL CONCEPTO DE LA CARTA DE INTENCIÓN.

La carta de intención puede definirse como el documento que contiene la manifestación de voluntad de una o mas partes, por la cual expresan su intención de iniciar o proseguir, en su caso, las negociaciones para la celebración de un contrato de *joint venture*, durante el tiempo que establezcan, sin que obligue a quienes la suscriben, a celebrar el referido contrato. Ese instrumento puede ser unilateral, bilateral o plurilateral, de acuerdo con el número de personas que lo emitan.

En la práctica recibe variada denominación; se le conoce como: *letter of intent*, *heads of agreement*, *memorandum of understanding*, *pre-contract*, *memorandum*, *agreement on principles*, *aide-mémoire*, *letter of commitment*,⁹ protocolo de intención y protocolo de entendimiento, por citar los más comunes.

Con independencia del nombre que se le asigne a esa clase de documentos, una característica común que los distingue estriba en que carecen de eficacia para vincular a las partes respecto del contrato cuya negociación definen. Como se señala en la definición propuesta, quienes expresan su intención de negociar no quedan obligadas a celebrar el contrato del que se trata. Éste es el enfoque tradicional que se le ha dado a la carta de intención en el ámbito internacional,¹⁰ orientación que se corrobora en el inciso (1) del artículo 2.15 antes transcrito.

En la carta de intención, las partes fijan, propiamente, su postura en relación con la pretendida empresa común, que abarca los aspectos sobre los que las partes habrán de negociar, los cuales se enuncian de manera general, para ser definidos y complementados, con mayor detalle, durante las negociaciones.

Del contenido de la carta de intención es difícil desprender, por lo general, los elementos esenciales de un contrato de *joint venture*, lo que constituye un requisito fundamental para considerarla, al menos, como promesa de contrato. A éste respecto, Wolf señala que es imposible responder

⁸ Al análisis de la responsabilidad civil en la etapa precontractual se dedicará un espacio en particular.

⁹ Cfr. WOLF, *op. cit.*, p. 19.

¹⁰ Cfr. WOLF, *ib.*, p. 20.

cualquiera de las preguntas legales básicas¹¹ que se derivan de la naturaleza contractual del *joint venture*.

Este mismo criterio ha de aplicarse respecto de la oferta; la carta de intención tampoco podría ser considerada como tal, dado que ésta también requiere que se hallen definidos los elementos propios del contrato que se ofrece celebrar.

El apuntado alcance dependerá, sin embargo, de la manera en que el mencionado documento se halle redactado; de contener los elementos propios de una oferta o de una promesa de contrato, sus efectos serán distintos a los pretendidos por la mera intención.

Por ello, es conveniente que la carta de intención exprese con claridad su carácter provisional, para evitar que se desprenda de ella una policitación, una promesa para contratar o el propio contrato de *joint venture*.

1.4. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE LAS NEGOCIACIONES COMO RESPONSABILIDAD NEGOCIAL.

Las partes pueden incurrir en responsabilidad civil durante la etapa precontractual; por ello, discrepamos de Marzorati quien sostiene que el acuerdo de intenciones no genera responsabilidad precontractual.¹²

Dicha responsabilidad puede presentarse en las dos subetapas que componen el referido periodo. Los puntos más debatidos giran en torno al fundamento jurídico de la citada responsabilidad y al alcance que ésta debe tener.

1.4.1. Tesis de Ihering.

El primero en ocuparse del tema fue Ihering, quien elaboró la doctrina de la culpa *in contrahendo* para explicar la responsabilidad civil en el periodo previo a la formación del contrato. Con palabras de Brebbia, la culpa *in contrahendo*...

¹¹ Cfr. WOLF, *ib.*, p. 20.

¹² Cfr. MARZORATI Osvaldo J., *Alianzas Estratégicas y Joint Venture*, Astrea, primera edición, Buenos Aires 1996, p. 111.

consiste en la violación de la obligación de diligencia que las partes deben observar no solo en el cumplimiento del contrato, sino también en el transcurso de las relaciones anteriores al mismo, a fin de que cada contratante no quede librado al peligro de constituirse en víctima de la negligencia del otro. No es necesario que esa obligación o garantía de diligencia se estipule expresamente, pues la ley la presume.¹³

Ihering sostuvo, sin embargo, que la culpa *in contrahendo* sólo podía atribuirse a determinada persona, por actos realizados a partir de la oferta; de hecho, los casos que analizó se referían a situaciones acontecidas precisamente en esa etapa, con repercusiones posteriores en el contrato celebrado, que originaban su nulidad o imperfección.¹⁴

Esa vinculación existente entre los actos realizados en el periodo precontractual con efectos sobre el contrato subsecuente, constituyó la base para que Ihering considerara a la culpa *in contrahendo* como culpa contractual, lo que representa el principal inconveniente de la comentada teoría.

Según Ihering, la responsabilidad en el señalado periodo alcanza, exclusivamente, el denominado interés negativo, que consiste en lo que le hubiera correspondido al afectado, "si el hecho exterior de la conclusión del contrato no hubiera existido nunca"; el interés positivo, que se refiere al beneficio que la persona hubiera obtenido de celebrarse el contrato, no se generaría en esos supuestos.¹⁵

1.4.2. Tesis de Faggella.

Fue Gabriel Faggella quien señaló el verdadero alcance de la etapa precontractual, al reconocer la existencia de las dos subetapas que referimos con antelación, lo que constituyó su principal aportación a la temática tratada.

Para éste, "el sólo hecho de entrar en negociaciones en vista de la formación de un contrato constituye ya un hecho colocado bajo la protección

¹³ BREBBIA Roberto H., *Culpa Precontractual*, en Enciclopedia Jurídica OMEBA, tomo V, Driskill, Buenos Aires 1986, p. 280.

¹⁴ Cfr. BREBBIA, *op. cit.*, p. 281.

¹⁵ BREBBIA, *ib.*, p. 279.

de un derecho y susceptible de adquirir valor jurídico", razón por la cual puede incurrirse en responsabilidad.¹⁶

Faggella supone que entre las partes que entablan negociaciones existe un acuerdo expreso o tácito para tal efecto, por lo que, la violación de dicho acuerdo constituye el fundamento de la responsabilidad en la subetapa de las tratativas. "Esta violación del acuerdo precontractual puede existir sin que haya dolo o negligencia: basta una separación arbitraria, sin motivo, de las tratativas para que ello ocurra",¹⁷ por lo que descarta la culpa como el fundamento de la responsabilidad en el periodo precontractual.

Si bien es cierto que las partes pueden separarse en cualquier momento de las tratativas cualquiera fuere el grado de adelanto llegado con las mismas, la ruptura intempestiva de las negociaciones puede originar responsabilidad cuando de la misma derivan daños. Se considera que ha habido retiro intempestivo siempre que una de las partes pone fin a las tratativas sin que éstas hayan seguido su curso normal, culminando en el perfeccionamiento del contrato o en la ruptura definitiva por falta de acuerdo.¹⁸

Faggella sostiene que la responsabilidad civil sólo debe comprender los gastos realizados con motivo de las negociaciones, por lo que habrán de descartarse las ganancias que dejaron de obtenerse.¹⁹

1.4.3. Tesis de Saleilles.

Por su parte, Saleilles adopta en lo fundamental el criterio de Faggella, pero delimita el concepto de retiro intempestivo de las negociaciones. Para ello, acude al hecho de que las partes están obligadas a conducirse conforme a la "equidad comercial y a la buena fe", desde el momento en que comienzan las tratativas; entonces, se considerará retiro intempestivo cuando el abandono de las negociaciones, transgrede "los usos impuestos por la equidad comercial";

¹⁶ BREBBIA, *ib.*, p. 282.

¹⁷ BREBBIA, *ib.*, p. 283.

¹⁸ BREBBIA, *ib.*, pp. 282-283.

¹⁹ *Cfr.* BREBBIA, *ib.*, p. 283.

esa violación será "la que determinará las condiciones y extensión del resarcimiento".²⁰

También Saleilles limita el monto de la indemnización a los gastos que se hubieren realizado a partir de las tratativas.²¹

1.4.4. Tesis de Brebbia.

Brebbia, a su vez, sostiene que el sólo abandono de las negociaciones no es causa de responsabilidad, a menos que se halle "calificado por diferentes circunstancias, que no pueden ser otras... que la culpa del que se retira de los *pourparles* sin motivo". Por esa razón, la "actitud culposa puede manifestarse a través de cualquier acto, aunque no implique el abandono de los *pourparles*".²²

Brebbia considera aplicable a la culpa precontractual, la normativa que rige a la culpa aquiliana o extracontractual, puesto que, desde su concepto, los hechos ocurridos en la etapa previa quedan excluidos de la culpa contractual, al no haberse perfeccionado el contrato, todavía.²³

El citado profesor distingue entre la culpa precontractual y la culpa extracontractual; sostiene que aquella presenta rasgos propios que la distinguen de ésta, que resume en los siguientes: (1) los sujetos que pueden incurrir en responsabilidad precontractual son aquellos relacionados por las negociaciones para la celebración de un contrato y (2) el grado de diligencia que las partes deben observar durante las negociaciones es mayor, dado que "las tratativas crean de por sí cierta obligación de prudencia".²⁴ De esta manera, ...

una misma conducta puede ser considerada negligente y sancionada como tal si se encuentra relacionada con las tratativas de contrato, y en cambio, calificarse como normal y diligente si escapa a la órbita de las negociaciones preliminares.²⁵

²⁰ BREBBIA, *ib.*, p. 283.

²¹ *Cfr.* BREBBIA, *ib.*, p. 283.

²² BREBBIA, *ib.*, p. 286.

²³ *Cfr.* BREBBIA, *ib.*, p. 286.

²⁴ BREBBIA, *ib.*, pp. 286-287.

1.5. REQUISITOS DE LA CARTA DE INTENCIÓN.

De acuerdo con Wolf,²⁶ los elementos mínimos que una carta de intención debe contener son: (1) las partes que celebrarán, en su caso, el *joint venture*, (2) objetivos (propósito de las partes), (3) plazo de las negociaciones, (4) las contribuciones de las partes, (5) su carácter provisional, (6) acuerdo de confidencialidad y (7) obligación de no competir.

1.5.1. Las partes en el *joint venture*.

Es preciso indicar, en la carta de intención, quiénes serán las partes en el pretendido *joint venture*. Este requisito es importante debido a que no siempre queda claro quiénes participarán: bien podría tratarse de una sociedad subsidiaria, de varias sociedades de un mismo grupo comercial o de una sociedad que se constituirá exclusivamente con ese propósito.²⁷

1.5.2. Objetivo del *joint venture*.

Las negociaciones entre las partes habrán de referirse a un determinado objetivo común, que deberá definirse en el protocolo de intención. Las partes podrían tener posiciones distintas en relación con el alcance del referido objetivo. Tratándose de un *joint venture* internacional, el socio local preferirá, por lo general, un objetivo amplio; mientras más general sea el mencionado objetivo mayor será el beneficio que podría obtener de la relación; en cambio, para el socio foráneo será más conveniente concretizar el objetivo del *joint venture*, especialmente si se trata de una empresa dedicada a diferentes actividades.²⁸

1.5.3. Contribución de las partes al *joint venture*.

²⁵ BREBBIA, *ib.*, p. 287.

²⁶ Cfr. WOLF, *op. cit.*, pp. 22-26.

²⁷ En este último caso, no se trata de una sociedad que las partes que negocian constituirán para ejecutar el *joint venture*, sino de una sociedad que alguna de las partes constituirá para vincularla con el *joint venture*.

²⁸ Cfr. WOLF, *op. cit.*, p. 22.

La contribución que las partes harán al *joint venture* también habrá de especificarse en la carta de intención. En el caso de requerirse la contribución de capital, debe señalarse la cantidad total requerida y la manera como el expresado capital se obtendrá, por ejemplo: a través de aportaciones de las partes o, en su caso, mediante apoyo financiero de alguna fuente.

1.5.4. Vigencia de la carta de intención.

Se ha recomendado²⁹ fijar, en el protocolo de entendimiento, un plazo dentro del cual las negociaciones habrán de tener lugar, plazo que constituye, además, el límite de vigencia de la intención expresada en el documento. Una vez vencido el referido plazo, las partes quedarán en absoluta libertad para negociar la celebración de acuerdos similares con otras empresas interesadas.

La existencia del plazo puede servir para apresurar la conclusión del *joint venture*, al constreñir a las partes a analizar los distintos aspectos tratados desde el inicio de las negociaciones, para tomar una decisión dentro del plazo estipulado.

Por otra parte, el plazo para concluir las negociaciones impide, en principio, que alguna de las partes pretenda exigir responsabilidad a la otra, con el argumento de haberse apoyado en la carta de intención para realizar gastos substanciales, al confiar en la implementación del *joint venture* o, quizá, por resentir daños al estar impedido para contratar con otras personas interesadas, debido a la existencia de la referida carta de intención.³⁰

1.5.5. Carácter provisional.

En un apartado anterior señalamos que la carta de intención debe expresar su carácter provisional, con la finalidad de impedir que su alcance, de mera intención, se desvirtúe.

En algunas ocasiones, las partes señalan algunas cuestiones concretas que serán materia de negociación, sobre las que tendrá que haber un acuerdo,

²⁹ Cfr. WOLF, *ib.*, pp. 23-24.

necesariamente, para que el contrato se entienda celebrado. En otras, los negociadores acuden, con la misma finalidad, a ciertos requisitos que habrán de reunirse previamente, por ejemplo, determinada formalidad que el contrato habrá de tener; autorizaciones del órgano de administración de la sociedad por la que negocian; etcétera.

El artículo 2.13 de los Principios UNIDROIT se refiere a esos aspectos, en los siguientes términos:

Cuando en el curso de las negociaciones una de las partes insistiera en que el contrato no se entenderá celebrado sino una vez que se haya logrado un acuerdo sobre cuestiones específicas o se celebre bajo una forma determinada, el contrato no se considerará celebrado mientras que no se cumplan tales requisitos.

Una vez que el *joint venture* se celebra, sustituye a la carta de intención; sin embargo, ésta puede ser considerada como instrumento idóneo para interpretar la voluntad de las partes expresada en el *joint venture*.

1.5.6. Obligación de confidencialidad.

Un aspecto de relevancia que debe quedar previsto en la carta de intención es la obligación de confidencialidad que las partes deben guardar, en relación con la información que se les transmitirá durante las negociaciones.³¹

En la etapa precontractual, las partes pueden intercambiar una vasta cantidad de información relacionada con secretos comerciales o industriales, información confidencial, planes futuros de expansión, estrategias de mercado, en fin, información interna y conocimientos que ha costado trabajo adquirir con el paso de los años y la experiencia.

Toda esa información es preciso protegerla a través de la obligación de las partes de mantener su confidencialidad, para que no sea utilizada por quien la obtiene, ni sea revelada a terceras personas que podrían aprovecharla.

Esa obligación puede incluirse en la propia carta de intención como cláusula adicional, o bien, en documento que se anexa a la mencionada carta,

³⁰ Cfr. WOLF, *ib.*, pp. 23-24.

³¹ Cfr. WOLF, *ib.*, pp. 25-26.

al que se hace referencia en ella, que constituye un acuerdo de confidencialidad más detallado. A estos acuerdos se dedicará un apartado específico,³² más adelante.

1.5.7. Obligación de no competir.

Puede ser que las negociaciones para el establecimiento del *joint venture* no tengan éxito, lo que incrementará el riesgo de que la otra parte decida llevar adelante el negocio por sí misma o asociada con otra empresa, aprovechándose de la información que obtuvo durante las referidas negociaciones. Por ello es conveniente establecer, en la carta de intención, una disposición que prohíba la competencia durante algún plazo posterior a la terminación de las negociaciones; es necesario establecer dicho plazo para no incurrir en prácticas restrictivas de la competencia; de lo contrario, podría considerarse innecesaria la mencionada restricción, al pactarse por tiempo indefinido.

1.5.8. Otros aspectos de la carta de intención.

Además de los elementos descritos, existen otros aspectos que pueden quedar contemplados en una carta de intención; la ausencia de alguno de ellos, no altera la eficacia de la referida carta. Esos aspectos son: (a) el derecho de las minorías; (b) el *derecho a la primera opción* o *right of first refusal*; (c) las causas que dieron origen a la carta de intención.

a) Derechos de minorías: La carta de intención no es el instrumento idóneo para establecer los derechos de las minorías; la cuestión habrá de ser definida durante las negociaciones. No obstante, el referido documento podría contener una declaración genérica de las partes, en el sentido de que el citado aspecto será efectivamente abordado durante las *tratativas*, lo que podrá inspirar confianza a los negociadores del *joint venture*.

³² Vide *infra* Capítulo II del Título Segundo, sobre el acuerdo de confidencialidad.

b) Derecho a la primera opción: El derecho a la primera opción es similar a un derecho de preferencia que se concede a una de las partes en la misma carta de intención, para conocer los términos de una oferta para contratar formulada por un tercero, antes de que el contrato propuesto se celebre con éste,³³ por lo que se le concede a la parte que tiene el expresado derecho, la facultad de celebrar el referido contrato, en las mismas condiciones ofrecidas. Este derecho sólo se otorga respecto a las actividades relacionadas con el objeto del *joint venture*, por lo que es inaplicable para supuestos distintos.

c) Condiciones de la relación: La carta de intención tiende a reflejar las condiciones bajo las cuales fue redactada, lo que constituye un elemento importante para interpretar la voluntad de las partes. El hecho de que las señaladas condiciones varíen desfavorablemente, podría constituir un argumento suficiente para concluir las negociaciones, antes del plazo fijado, sin responsabilidad alguna.

1.6. DOCUMENTOS QUE SE ANEXAN A LA CARTA DE INTENCIÓN.

En algunas ocasiones, las partes comienzan a redactar los acuerdos, convenios o contratos que regirán al *joint venture*, desde el momento mismo en que han iniciado las negociaciones. Dichos "acuerdos" se redactan como "borrador" y sirven de base para las propias tratativas, por lo que se agregan a la carta de intención.

Estos documentos varían, desde luego, de acuerdo a la complejidad de la operación que pretenda establecerse. No será lo mismo un *joint venture* contractual que un *joint venture* societario; los documentos que éste último requiere son, por lo general, más variados que los del primero.

En todo caso, la carta de intención debe referir los documentos que se anexan, con lo que cumple una función de cobertura de tales documentos, cuya existencia se explica a partir de la misma carta de intención.

³³ Cfr. Campbell Black Henry, *The Black's Law Dictionary*, West Publishing, sexta edición, St. Paul, Minnesota 1990, p. 1325.

Los señalados documentos son: (1) el plan de inversión por un periodo específico; (2) los contratos que regirán las relaciones entre el *joint venture* y alguno de los socios, en el desarrollo de determinadas actividades; (3) el acuerdo para realizar el *due diligence procedure*; (4) el acuerdo de accionistas (*shareholder's agreement*); (5) el proyecto de estatutos o de modificación estatutaria y (6) el contrato de compraventa de acciones. Con excepción de los documentos referidos en el primero, quinto y sexto lugar, los demás serán analizados en apartados posteriores.

Respecto de tales documentos, en la práctica y en la doctrina, el criterio para admitirlos presenta cierta uniformidad. Los tres últimos documentos enunciados sólo se preparan, tratándose del *joint venture* societario o *corporate joint venture*.

El contenido de los documentos referidos puede devenir obligatorio para las partes, aún cuando se encuentren escritos "en borrador", una vez que las negociaciones concluyan con la oferta, con una promesa de contrato o, en su caso, con la celebración del contrato de *joint venture*.

1.7. CONTRATO PREPARATORIO O PROMESA DE CONTRATO DE *JOINT VENTURE*.

Cuando una o ambas partes se obligan a celebrar el contrato de *joint venture*, entonces estamos ante una promesa de contratar; unilateral en el primer caso, bilateral en el segundo. Según Sierralta,³⁴ la promesa contiene los siguientes elementos básicos: determinación precisa de las partes; objetivo o propósito del *joint venture* y el compromiso de aportar o contribuir.

No obstante, no son esos los únicos elementos característicos del *joint venture*; si sólo tuviera el acuerdo tales elementos, se trataría de un contrato preparatorio de un contrato de sociedad, pero no de un *joint venture*. Por ello, estimamos que, para poder hablar de un contrato preparatorio de *joint venture*, al menos en nuestro medio, el acuerdo habrá de contener, por lo mínimo, los siguientes elementos: (1) dos o más partes, (2) una finalidad común, (3) la contribución de las partes al logro de dicha finalidad, (4) participación en los beneficios y, (5) gestión conjunta.

Coincidimos con Sierralta en que el contrato preliminar es un medio que "permite conocer el motivo determinante de la voluntad de las partes y posibilita interpretar los actos jurídicos generados en el acto previo".³⁵

³⁴ SIERRALTA Ríos Anibal, *Joint Venture Internacional*, Depalma, primera edición, Buenos Aires 1996, p. 218.

³⁵ SIERRALTA, *Ib.*, p. 218.

Capítulo II

EL ACUERDO DE CONFIDENCIALIDAD

2.1. Consideraciones preliminares. 2.2. El concepto del acuerdo de confidencialidad. 2.3. La información confidencial como objeto del acuerdo de confidencialidad. 2.3.1. El secreto industrial o comercial. 2.3.2. Información confidencial por determinación de las partes. 2.3.3. Determinación de la información confidencial en los *confidentiality agreements*. 2.4. Contenido obligacional del acuerdo de confidencialidad. 2.5. Los terceros y la información confidencial. 2.5.1. Los terceros independientes del primer receptor. 2.5.2. Los empleados. 2.5.3. Las sociedades dependientes del primer receptor. 2.6. La información confidencial proporcionada a las autoridades. 2.7. Duración del acuerdo de confidencialidad. 2.8. La responsabilidad relacionada con el secreto industrial o comercial. 2.8.1. Responsabilidad penal. 2.8.2. Responsabilidad civil. 2.8.3. Competencia. 2.9. Otras disposiciones del acuerdo de confidencialidad.

2.1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.

Es común que las partes que negocian la conclusión de un *joint venture* requieran determinada información que les permita conocer la situación en que se halla cada una de las empresas que participarán en dicha relación. Esa información puede ser de importancia tal que, el hecho de proporcionarla represente riesgo de que la utilice quien la recibe o, en todo caso, que la obtengan terceros que podrían aprovecharla en su propio beneficio.

Para cubrir ese aspecto, las partes celebran un acuerdo de confidencialidad que las obliga a guardar en confidencia, la información que se provee, de tal manera que no sea revelada a terceros, con el compromiso de no utilizarla en beneficio propio o de terceras personas. De hecho, se ha señalado que el acuerdo de confidencialidad propicia la comunicación de

información técnica y comercial, al constituir un instrumento en el que las partes pueden confiar,¹ para lograr mantener en secreto la referida información.

Ese acuerdo de confidencialidad puede adoptar formas diversas: puede ser una simple cláusula en una carta de intención o en un determinado contrato; puede también quedar incluida en la correspondencia, como declaración unilateral de voluntad de una de las partes, o bien, constituir un acuerdo específico sobre el punto. En todos los casos, la disposición relativa a la confidencialidad de la información tiene autonomía, por lo que ha de producir efectos con independencia del acto con el que se relaciona; sus consecuencias jurídicas son diferentes a las que producen los distintos instrumentos mencionados, por lo que deviene vinculante para las partes.

En el desarrollo de nuestro estudio habremos de referir, en los lugares respectivos, algunas de las cláusulas que se utilizan en la práctica, para cubrir los distintos aspectos que abarca esa clase de acuerdos.

2.2. EL CONCEPTO DEL ACUERDO DE CONFIDENCIALIDAD.

Podemos definir el acuerdo de confidencialidad como aquél por virtud del cuál, las partes se obligan a mantener en confidencialidad, la información que les proporciona una de ellas, a no utilizarla en su propio beneficio sin el consentimiento de la otra parte, y a no revelarla o transmitirla a terceros, ni permitir que éstos la aprovechen en beneficio suyo.²

La terminología que en la práctica se emplea para denominar a esta clase de acuerdos es variada. Se le conoce como *confidentiality and non disclosure agreement*, *secrecy agreement*,³ *technical agreement*, *pre-disclosure agreement*, *confidentiality agreement*, *black-box agreement*.⁴

¹ DESSEMONTET François, *Los Acuerdos de Confidencialidad*; *Revista de Derecho Industrial. Transferencia de Tecnología*, enero - abril 1991, año 13, número 37, Desalma, Buenos Aires, p. 165.

² Dessemontet define el acuerdo de confidencialidad como el "convenio entre dos o más partes para establecer las condiciones por medio de las cuales se preservará el secreto de las informaciones que ellas se comuniquen" (DESSEMONTET, *op. cit.*, p. 167).

³ Se ha sostenido que el término *secrecy agreement* (acuerdo de secrecía) podría dar lugar a una interpretación restrictiva del alcance del acuerdo, para limitarlo sólo a los secretos industriales o comerciales (DESSEMONTET, *ib.*, p. 168).

⁴ DESSEMONTET, *ib.*, pp. 167-168.

El acuerdo de confidencialidad puede ser unilateral o bilateral, según obligue a una o ambas partes, respectivamente. Tratándose del acuerdo bilateral, Dessemontet considera que se trata de un contrato sinalagmático,⁵ criterio con el cual disentimos.

Una relación sinalagmática es aquella que produce derechos y obligaciones recíprocas para las partes, de tal manera que el incumplimiento de una obligación a cargo de una parte, autoriza a la otra a no cumplir su obligación. En el caso del acuerdo de confidencialidad esto no sucede; el incumplimiento de cualquier obligación no justificaría el incumplimiento de la obligación del otro; por lo tanto, no cabría oponer en un proceso, la *exceptio non adimpleti contractus*.⁶

El señalado aspecto se reduce a considerar como bilateral, el caso en que ambas partes se obligan a la discreción en forma recíproca; el incumplimiento de esa obligación por uno, no significaría la posibilidad de incumplir la obligación por el otro. Esta faceta no debe confundirse, sin embargo, con el caso de una obligación de proporcionar información por una parte, y la obligación de discreción a cargo de la otra, puesto que, en ese supuesto, el incumplimiento de ésta última obligación sí autoriza a la otra a no cumplir con su obligación.

2.3. LA INFORMACIÓN CONFIDENCIAL COMO OBJETO INDIRECTO DEL ACUERDO DE CONFIDENCIALIDAD.

El objeto indirecto del acuerdo de confidencialidad es la información confidencial. La información puede tener tal carácter por dos motivos: (1) por tratarse de información que constituya un secreto industrial o comercial, o (2) por otorgarle las partes rasgo confidencial a la información proporcionada.

2.3.1. El secreto industrial o comercial.

El secreto industrial o comercial presenta ciertas particularidades que habremos de analizar, desde la perspectiva de la legislación mexicana.

⁵ DESSEMONTET, *l.b.*, pp. 168-169.

Para que una determinada información sea considerada como secreto industrial o comercial debe reunir ciertos requisitos que pueden agruparse en dos bloques identificados como requisitos positivos y negativos⁷ que, en conjunto, integran el concepto.

Los dos primeros párrafos del artículo 82 de la Ley de la Propiedad Industrial (en lo sucesivo LPI), establecen que...

Se considera secreto industrial toda información de aplicación industrial o comercial que guarde una persona física o moral con carácter confidencial, que le signifique obtener o mantener una ventaja competitiva o económica frente a terceros en la realización de actividades económicas y respecto de la cual haya adoptado los medios o sistemas suficientes para preservar su confidencialidad y el acceso restringido a la misma.

La información de un secreto industrial necesariamente deberá estar referida a la naturaleza, características o finalidades de los productos; a los métodos o procesos de producción; o a los medios o formas de distribución o comercialización de productos o prestación de servicios.

A su vez, el artículo 83 LPI señala que la información a que se refieren los señalados párrafos,

... deberá constar en documentos, medios electrónicos o magnéticos, discos ópticos, microfilmes, películas u otros instrumentos similares.

Las disposiciones transcritas se refieren a los requisitos positivos del secreto industrial o comercial, que podemos clasificar en dos grupos: (a) requisitos atribuidos a la información propiamente dicha y (b) requisitos relativos a la conservación de la información.

En el primer grupo quedan comprendidos los requisitos que caracterizan a la información, que consisten en: (1) que sea de aplicación industrial o comercial;⁸ (2) que implique obtener o mantener una ventaja competitiva o

⁶ Excepción de contrato no cumplido.

⁷ JALIFE Daher Mauricio, *Comentarios a la Ley de la Propiedad Industrial*, Mc Graw Hill; México 1998, p. 68.

⁸ Coincidimos con Jalife en el sentido de que el término "aplicable" habrá de entenderse en un sentido amplio, para significar que la información industrial o

económica frente a terceros en la realización de actividades económicas; y, (3) que esté referida, necesariamente, (a) a la naturaleza, características o finalidades de los productos; (b) a los métodos o procesos de producción; o (c) a los medios o formas de distribución o comercialización de productos o prestación de servicios.

En el segundo grupo se inscriben los requisitos que le darán a la información, en conjunto con los requisitos negativos, el carácter confidencial; se refieren propiamente, a la forma como debe conservarse la información; tales requisitos son: (4) que se guarde con carácter confidencial;⁹ (5) que se adopten los medios o sistemas suficientes para preservar su confidencialidad y el acceso restringido a la misma; y, (6) que consten en documentos, medios electrónicos o magnéticos, discos ópticos, microfilmes, películas u otros instrumentos similares.¹⁰

Los requisitos negativos se encuentran establecidos en la primera parte del tercer párrafo del mencionado artículo 82 LPI, que define que "no" se considera secreto industrial,

... aquella información que sea del dominio público, la que resulte evidente para un técnico en la materia, con base en información previamente disponible o la que deba ser divulgada por disposición legal o por orden judicial.

En consecuencia, esos requisitos negativos serán: (1) que la información no sea del dominio público; (2) que no sea evidente para un técnico en la materia, (3) ni se trate de información previamente disponible; y, (4) que tampoco sea información que deba ser divulgada por disposición legal o por orden judicial.

La segunda parte del referido tercer párrafo del artículo 82 LPI establece que...

comercial constituirá un secreto industrial, aún cuando todavía no se haya puesto en práctica, por lo que es suficiente que pueda ser aplicada (JALIFE, *op. cit.*, p. 69).

⁹ Según Jalife Daher, este requisito "constituye el núcleo fundamental que imprime a este tipo de información la característica" de confidencial (JALIFE, *ib.*, p. 70).

¹⁰ Jalife considera a este último carácter como "requisito complementario", que tiene como finalidad dotar a la información de mayor certidumbre; se trata de un requisito que no es consustancial al secreto industrial (JALIFE, *ib.*, p. 75).

No se considerará que entra al dominio público o que es divulgada por disposición legal aquella información que sea proporcionada a cualquier autoridad por una persona que la posea como secreto industrial, cuando la proporcione para el efecto de obtener licencias, permisos, autorizaciones, registro, o cualesquiera otros actos de autoridad.

Resulta inconveniente revelar, durante las negociaciones, información relacionada con un secreto industrial o comercial, por lo que se aconseja reservarla hasta la conclusión del contrato que se negocia.

2.3.2. Información confidencial por determinación de las partes.

Como se señaló, el acuerdo de confidencialidad también puede tener por objeto información que las partes califiquen de confidencial.

En este caso, son las partes quienes convienen en considerar confidencial determinada información que se les transmite; es decir, no se trata de información que podríamos denominar como "confidencial en sí misma", como sucede en el caso del secreto industrial o comercial, a la que la legislación le otorga naturaleza confidencial, si reúne los requisitos que han sido analizados en el apartado anterior.

La finalidad de atribuirle carácter confidencial a la información permite impedir que sea divulgada o mal empleada, en perjuicio de alguna de las partes; por ello, si se demuestra que el receptor la divulgó o que hizo mal uso de ella, será responsable de los daños y perjuicios ocasionados.

De acuerdo con Dessemontet,

... no se trata de proteger solamente secretos de fabricación o comerciales ("*trade secrets*") determinados y específicos, sino mas bien conjuntos organizados de documentos o de datos que, considerados separadamente, pueden o no constituir secretos en el sentido de la legislación aplicable.¹¹

¹¹ DESSEMONTET, *op. cit.*, p. 168.

En esa virtud, es distinta la confidencialidad de una información a la que las partes le otorgan ese carácter, a la información confidencial que constituye un secreto industrial o comercial. Como lo expresa Jalife, "toda información constitutiva de un secreto industrial debe ser confidencial, pero no toda información confidencial puede ser materia de un secreto industrial".¹² El citado autor sostiene que, en relación con la información confidencial en general,

... es fácil advertir que la diferencia fundamental con los secretos industriales estriba en que la referida en primera instancia no necesariamente comporta o representa un valor económico o ventaja competitiva a su poseedor, ya que puede estar relacionada con cuestiones de la esfera privada, y de hecho, puede ser información muy valiosa, pero no necesariamente desde una perspectiva económica o comercial.¹³

Pensemos, por ejemplo, en la información financiera de una determinada empresa que, de llegar a ser conocida por terceras personas, podrían aprovecharla para obtener una ventaja, con el consiguiente perjuicio para aquella.

2.3.3. Determinación de la información confidencial en los *confidentiality agreements*.

De lo expuesto se advierte la importancia de precisar, en los acuerdos de confidencialidad, qué se entiende por información confidencial y qué clase de información queda excluida de ese concepto. He aquí un ejemplo de cláusulas en las que se determina el alcance del acuerdo, respecto a la información que las partes podrían intercambiar:

La información confidencial es cualquier información relacionada con la propiedad intelectual y prácticas de negocios de quien revela dicha información, plasmada o no por escrito o en otras expresiones tangibles, que se considere por quien la revela como exclusiva y confidencial. Tal información confidencial incluye, pero no está limitada a (i) información relacionada a investigación y

¹² JALIFE, *op. cit.*, p. 74.

desarrollo, descubrimientos, mejoras, procesos, *know-how*, dibujos, planos, especificaciones, muestras, fórmulas, notas, patentes, derechos de autor, marcas, nombres comerciales, secretos industriales y aplicaciones de patentes, marcas y derechos de autor; (ii) planes de negocios, información financiera, *hardware* o *software* de computadora, sistemas de información, productos, servicios, procesos de manufactura, costos, fuentes de abastecimiento, planes estratégicos, planes de publicidad y mercadotecnia, planes MIS...¹⁴ listas de clientes, ventas, utilidades, métodos para calcular el precio, relaciones de personal y de negocios.¹⁵

La información confidencial no incluirá cualquier información que: (i) ya era conocida por el Receptor previamente al momento de su revelación por quien la revela; (ii) esta disponible o se vuelve generalmente disponible al público de otra forma que no sea a través de un incumplimiento de este Acuerdo por el Receptor; (iii) es adquirida o recibida con derecho y sin limitación confidencial por el Receptor de parte de un tercero; (iv) es desarrollada independientemente por el Receptor sin incumplimiento de este Acuerdo; o (v) la revelación es ordenada por la ley o por una orden de gobierno.¹⁶

En estos acuerdos, por lo general se define que tipo de información no goza de la citada protección y se hace referencia a la información que sea del dominio público, a la información que una de las partes ya posea por otro

¹³ JALIFE, *ib.*, p. 73.

¹⁴ Confidential Information is any information relating to the intellectual property and business practices of Discloser, whether or not reduced to writing or other tangible expression, which Discloser considers to be proprietary and confidential. Such Confidential Information includes, but is not limited to: (i) information relating to research and development, discoveries, improvements, processes, know-how, drawings, blueprints, specifications, samples, formulae, notes, patents, copyrights, trademarks, trade names, trade secrets, and patent, trademark and copyright applications; and (ii) business plans, financial information, computer hardware or software, information systems, products, services, manufacturing processes, costs, sources of supply, strategic plans, advertising and marketing plans, MIS plans,

¹⁵ ... customer lists, sales, profits, pricing methods, personnel, and business relationships.

¹⁶ Confidential Information will not include any information which: (i) was already known to Recipient prior to the time of disclosure by Discloser; (ii) is available or becomes generally available to the public other than through a breach of this Agreement by Recipient; (iii) is acquired or received rightfully and without confidential limitation by Recipient from a third party; (iv) is independently developed by Recipient without breach of this Agreement; or (v) the disclosure of which is required by law or governmental order.

medio o que llegare a poseer por un medio lícito. La información puede ser obtenida por otro medio.

El *know how* se refiere a conocimientos no patentados, que son secretos; algunos de ellos, incluso, no serían patentables.¹⁷ El secreto industrial constituye un bien inmaterial.¹⁸

Si una de las partes proporciona información confidencial durante el curso de las negociaciones, la otra tiene el deber de no revelarla ni utilizarla injustificadamente en provecho propio, independientemente de que luego se celebre el contrato. Cuando fuere el caso, la responsabilidad derivada del incumplimiento de esta obligación podrá incluir una compensación proporcional al beneficio recibido por el trasgresor (artículo 2.16 de los Principios de UNIDROIT).

2.4. CONTENIDO OBLIGACIONAL DEL ACUERDO DE CONFIDENCIALIDAD.

El acuerdo de confidencialidad genera, esencialmente, obligaciones de hacer y obligaciones de no hacer.

La principal obligación de hacer consiste en conservar en confidencialidad la información. A ésta se le ha denominado como obligación de discreción o de confidencialidad,¹⁹ la cual puede representar una serie de obligaciones colaterales tales como: (1) restringir el acceso a la información a determinadas personas, (2) mantener la información en lugar seguro, (3) advertir a los empleados que tengan acceso a la información respecto a su confidencialidad, etcétera. Tales obligaciones se prevén en el acuerdo de confidencialidad, en términos parecidos a los siguientes:

El Receptor acepta tomar todas las medidas necesarias y apropiadas para mantener y proteger la información confidencial de que la revela incluyendo: (i) restringir el acceso a toda información confidencial recibida de éste, a aquellos empleados que tienen "necesidad de conocerla" y advertir a tales empleados de

¹⁷ FARINA Juan M., *Contratos Comerciales Modernos*, Astrea, primera reimpresión, Buenos Aires 1994, p. 639-640.

¹⁸ FARINA, *ib.*, p. 641.

su deber de manejar la información confidencial con el más alto grado de cuidado y prudencia para evitar una violación a este Acuerdo; y (ii) no utilizar, revelar o permitir acceso a tal información a ningún tercer receptor excepto cuando lo autorice por escrito quien que revela la información.²⁰

El receptor de la información debe conducirse con el mismo cuidado que emplearía para proteger su propia información confidencial, lo cual implica que responderá, incluso, por culpa leve.

El Receptor usará el mismo grado de cuidado que utiliza para proteger su propia información confidencial, pero no menor que un cuidado razonable, para evitar el uso no autorizado, la diseminación o publicación de la información confidencial por algún empleado, socio u otras personas.²¹

Derivada de la obligación del receptor de conservar la confidencialidad de la información, éste tiene, también, la obligación de avisar al *Discloser* de cualquier circunstancia que afecte o que pudiera afectar a la información proporcionada, en especial, la revelación o utilización de la información que no hubiere sido autorizada. La cláusula correspondiente sería:

El Receptor avisará con prontitud cualquier revelación o uso no autorizado de la información confidencial por cualquier persona, y tomará las acciones necesarias y apropiadas para hacer cumplir las obligaciones de no revelar y de uso limitado de quienes contratan con el Receptor y los agentes de éste.²²

¹⁹ DESSEMONTET, *op. cit.*, p. 168.

²⁰ Recipient agrees to take all necessary and appropriate steps to keep confidential and protect Discloser's Confidential Information including: (i) restricting access to all Confidential Information received from Discloser to those employees who have a "need to know" and advising such employees of their obligations to handle the Confidential Information with the highest degree of care and prudence to prevent a violation of this Agreement; and (ii) not using, disclosing or allowing access to such Confidential Information by any third Recipient except as authorized by Discloser in writing.

²¹ Recipient shall use the same degree of care as it uses to protect its own confidential information, but no less than reasonable care, to prevent the unauthorized use, dissemination or publication of the Confidential Information to any employees, affiliates or others.

²² Recipient will promptly advise Discloser of any unauthorized disclosure or use of Discloser's Confidential Information by any person, and shall take necessary and

Las obligaciones de no hacer estriban en (1) no revelar a terceros la información que han obtenido y en (2) no utilizar dicha información en su propio beneficio, sin la autorización de la otra parte.

El Receptor no revelará la información confidencial de quien la revela a ningún tercero, ni utilizará la misma para interferir directa o indirectamente con cualquier negocio actual o potencial de éste.²³

Desde luego que la información se transmite con un determinado propósito que debe quedar señalado en el acuerdo de confidencialidad. El receptor tiene derecho limitado a usar la información, exclusivamente en función al propósito por el cual fue transmitida. En el acuerdo de confidencialidad se determina, por lo general, ese aspecto, en cláusula como ésta:

El receptor no adquiere ningún derecho sobre la información confidencial revelada bajo este Acuerdo, excepto el derecho limitado de utilizar la información confidencial en la forma que se precian en este Acuerdo.²⁴

Cuando la información se transmite con motivo de negociaciones para la conclusión de un determinado contrato, suele constreñirse el uso de la información a la evaluación del posible negocio:

El receptor no usará la información confidencial para ningún otro propósito que no sea evaluar una posible relación de negocios entre las partes.²⁵

appropriate action to enforce compliance with non-disclosure and limited use obligations of Recipient's contractors and agents.

²³ Recipient shall not disclose Discloser's Confidential Information to any third party, shall not use the same directly or indirectly to interfere with any actual or potential business of the Discloser.

²⁴ Recipient does not acquire any rights in the Confidential Information disclosed to it under this Agreement, except the limited right to use the Confidential Information as set forth in this Agreement.

²⁵ Recipient shall not use the Confidential Information for any purpose other than to evaluate a possible business relationship between the parties.

Es conveniente incluir en el acuerdo de confidencialidad obligaciones de: (1) otorgar recibo de la documentación entregada, (2) devolver a su propietario la información después de un determinado plazo, (3) prohibir la obtención de copias de la documentación y, (4) establecer el control de la información a cargo de un tercero neutral.

Recomendable describir la información que se proporciona; lista detallada de la documentación e información, tanto verbal como escrita.

El Receptor acepta que la información confidencial de quien la revela es y permanecerá en propiedad de éste y que tal información confidencial en forma tangible y en copias subsecuentes se regresarán de inmediato a quien la revela cuando éste lo solicite.²⁶

El acuerdo de confidencialidad también contiene obligaciones a cargo de las partes, exigibles a la terminación del acuerdo, que podemos resumir en las siguientes: (1) cesar el uso de la información confidencial transmitida, (2) devolver o, en su caso, (3) destruir la información proporcionada, a elección de quien la transmitió. Estas obligaciones pueden quedar redactadas en el acuerdo de confidencialidad, como sigue:

A la terminación de este Acuerdo o a la solicitud por escrito de quien revela la información, lo que suceda primero, el Receptor cesará inmediatamente todo uso de la información confidencial y toda información confidencial transmitida al Receptor, los materiales preparados por el Receptor o generados por el Receptor que contengan, de cualquier manera, información confidencial en cualquier forma tangible, cualquier copia realizada por el Receptor, deberá destruirse dentro de (1) un mes o, a petición por escrito de quien la revela, deberá ser rápidamente devuelta a éste.²⁷

²⁶ Recipient agrees that Discloser's Confidential Information is and will remain the property of Discloser and all such Confidential Information in tangible form and copies thereof will be returned promptly to Discloser upon request.

²⁷ Upon termination of this Agreement or Discloser's written request, whichever is sooner, the Recipient shall immediately cease all use of Confidential Information and all Confidential Information transmitted to Recipient by Discloser, materials prepared by Recipient or generated by Recipient which contain in any way Confidential Information, in any tangible form, and any copies thereof made by Recipient shall, within one (1)

Algunas obligaciones derivadas del acuerdo de confidencialidad subsisten después de la terminación del acuerdo, aspecto que se deja asentado en el mismo, en términos parecidos a éstos:

Las partes acuerdan que las obligaciones previstas en este párrafo sobrevivirán la terminación de este Acuerdo y continuarán en vigor indefinidamente.²⁸

2.5. LOS TERCEROS Y LA INFORMACIÓN CONFIDENCIAL.

La información confidencial comunicada a una de las partes puede llegar a ser conocida por terceras personas relacionadas en alguna forma con ésta, tales como los empleados, las sociedades del mismo grupo comercial o los terceros independientes que le prestan algún servicio.

En materia del secreto industrial o comercial, el artículo 85 LPI impone a tales personas el deber de abstenerse de revelarlo, siempre que se le hubiere prevenido sobre su carácter confidencial; éste constituye un requisito adicional para exigir la responsabilidad por la afectación a un secreto industrial o comercial,²⁹ cuando ocurre por actos de tales personas. El señalado artículo dispone que...

Toda aquella persona que, con motivo de su trabajo, empleo, cargo, puesto, desempeño de su profesión o relación de negocios,³⁰ tenga acceso a un secreto industrial del cual se le haya prevenido sobre su confidencialidad, deberá abstenerse de revelarlo sin causa justificada y sin consentimiento de la persona que guarde dicho secreto, o de su usuario autorizado.

month thereafter, be destroyed or, at Discloser's written request, promptly returned to Discloser.

²⁸ The parties agree that the obligations provided in this paragraph will survive termination of this Agreement and continue indefinitely.

²⁹ JALIFE, *op. cit.*, p. 77.

³⁰ Consideramos que en la frase "persona que, con motivo de su... relación de negocios", quedan comprendidas las personas morales que pertenecen al mismo grupo comercial del que el receptor es parte, ya sea una sociedad controladora o una controlada.

De acuerdo con Dessemontet, "conviene distinguir la situación en la cual terceros independientes recibirán comunicaciones sobre informaciones confidenciales, de aquellas en que los empleados o las sociedades del mismo grupo obtendrán ese conocimiento".³¹

2.5.1. Los terceros independientes del primer receptor.

El problema que se presenta respecto de terceros independientes del primer receptor estriba en que el acuerdo de confidencialidad no los vincula, dado que sólo surte efectos entre las partes que lo han celebrado, por virtud del principio *res inter alios acta*.

Para evitar ese inconveniente, se recomienda incluir en el acuerdo de confidencialidad, una cláusula que obligue al primer receptor, a celebrar a su vez, previamente a la comunicación de la información a los terceros, acuerdos similares con ellos. La redacción de ese tipo de cláusulas puede ser así:

El Receptor tendrá el derecho de revelar la información confidencial a cualquier contratista o agente del Receptor, siempre que éste haya ejecutado o entregado al Receptor un acuerdo que contenga limitaciones similares sobre revelación, uso, términos y condiciones substancialmente similares a los de este Acuerdo.³²

Esta disposición puede reforzarse mediante la asunción de la responsabilidad del primer receptor, de los daños y perjuicios ocasionados por la divulgación que realicen los terceros, de la información recibida.³³

Desde luego que también podría preverse que los terceros celebren el acuerdo directamente con quien provee la información³⁴ o, en todo caso, que se adhieran al acuerdo celebrado entre éste y el primer receptor. De esta

³¹ DESSEMONTET, *op. cit.*, p. 169.

³² Recipient shall have the right to disclose Confidential Information to any contractor or agent of Recipient who has executed and delivered to Recipient an agreement containing like limitations on disclosure and use, and other terms and conditions substantially similar to this Agreement.

³³ Cfr. DESSEMONTET, *op. cit.*, p. 170.

³⁴ De acuerdo con Dessemontet, éste es el método recomendado por los autores estadounidenses (DESSEMONTET, *ib.*, p. 170).

manera, "el propietario de las informaciones confidenciales puede... administrar él mismo estos contratos, intervenir dirigiéndose a los subcontratistas o a los clientes sospechosos de tolerar una fuga, o de favorecerla, o quizá de explotar indebidamente estos conocimientos".³⁵

2.5.2. Los empleados.

Tratándose de los empleados, el primer receptor de la información confidencial será responsable de los daños y perjuicios ocasionados por éstos, en el desempeño de sus funciones, en los términos del artículo 1924 CCF, que establece que...

Los patrones y los dueños de establecimientos mercantiles están obligados a responder de los daños y perjuicios causados por sus obreros o dependientes en el ejercicio de sus funciones. Esta responsabilidad cesa si demuestran que en la comisión del daño no se les puede imputar ninguna culpa o negligencia.³⁶

2.5.3. Las sociedades dependientes del primer receptor.

En el caso de las personas jurídicas dependientes del primer receptor es conveniente darles el mismo trato señalado para los terceros independientes. "El primer receptor deberá hacerse igualmente responsable por las otras sociedades del grupo".³⁷

Debe preverse también, en el acuerdo de confidencialidad, la posibilidad de que la sociedad, primer receptor de la información, forme parte de otro grupo comercial o que, en su caso, llegue a ser adquirida o se fusione con otra.

³⁵ DESSEMONTET, *ib.*, p. 170.

³⁶ El que paga los daños y perjuicios causados por sus sirvientes, empleados, funcionarios y operarios, puede repetir de ellos lo que hubiere pagado (artículos 1928 CCF)

³⁷ DESSEMONTET, *op. cit.*, p. 171.

2.6. LA INFORMACIÓN CONFIDENCIAL PROPORCIONADA A LAS AUTORIDADES.

En ocasiones es necesario proporcionar la información confidencial a determinada autoridad, para realizar algún trámite administrativo, por ejemplo, para obtener cierta licencia o permiso.

También puede suceder que, con motivo de algún procedimiento judicial, deba revelarse la información confidencial.

Tratándose del secreto industrial o comercial, tales situaciones se hallan previstas en el artículo 86 bis 1 LPI,³⁸ que impone a la autoridad judicial o administrativa, el deber de "adoptar las medidas necesarias para impedir su divulgación a terceros ajenos a la controversia". Ese mismo artículo prohíbe a cualquier interesado, revelar o usar el secreto industrial conocido en el procedimiento.

En relación con la información confidencial que no constituye un secreto industrial o comercial, no existe disposición similar en el derecho mexicano que prevea los supuestos señalados.

Respecto de ambas clases de información confidencial, en los *confidentiality agreements* se incluye una disposición que obliga al receptor, a notificar a quien revela la información, del requerimiento formulado por la autoridad para proporcionar la información; asimismo, se establece que, en caso de que sea imposible evitar los efectos del requerimiento, entonces el receptor proporcionará sólo la información indispensable para acatar el requerimiento. Esa clase de disposiciones señalan lo siguiente:

Si un Receptor es requerido legalmente para revelar información confidencial, o cualquier parte de ésta, el Receptor notificará oportunamente de tal requerimiento a quien reveló la información. Si éste exige al Receptor del cumplimiento de cualquiera de los términos de este Acuerdo o es incapaz de obtener una orden de protección contra la revelación de la información

³⁸ En cualquier procedimiento judicial o administrativo en que se requiera que alguno de los interesados revele un secreto industrial, la autoridad que conozca deberá adoptar las medidas necesarias para impedir su divulgación a terceros ajenos a la controversia.

confidencial o cualquier otro remedio apropiado, el Receptor revelará solamente aquella parte de la información confidencial suficiente para cumplir el requerimiento legal.³⁹

2.7. DURACIÓN DEL ACUERDO DE CONFIDENCIALIDAD.

Este tipo de acuerdos trascienden a la duración del contrato, y además, sus efectos deben considerarse independientes del resto del negocio jurídico del que formen parte; ello implica que cualquier aspecto que afecte la eficacia de éste, no influirá en la eficacia de aquél. La cláusula que se refiere a la duración del acuerdo de confidencialidad, por lo general señala los siguiente:

El deber del receptor de proteger la Información Confidencial bajo este Acuerdo expira (5) cinco años desde la fecha de terminación de este Acuerdo.⁴⁰

2.8. LA RESPONSABILIDAD RELACIONADA CON EL SECRETO INDUSTRIAL O COMERCIAL.

La responsabilidad derivada del secreto industrial abarca tanto el aspecto penal como el civil.

2.8.1. Responsabilidad penal.

Las fracciones IV, V, y VI del artículo 223 LPI tipifican tres delitos relacionados con la afectación del secreto industrial o comercial, que se refieren, respectivamente, (1) a la revelación, (2) al apoderamiento y (3) al uso de éste.

Ningún interesado, en ningún caso, podrá revelar o usar el secreto industrial a que se refiere el párrafo anterior (Artículo 86 bis 1 LPI).

³⁹ If Recipient becomes legally required to disclose Confidential Information, or any part thereof, Recipient will give Discloser prompt advance notice of such requirement. If Discloser waives compliance with any of the terms of this Agreement or is unable to obtain a protective order or other appropriate remedy with respect to such disclosure of Confidential Information, the Recipient will disclose only that portion of the Confidential Information necessary to ensure compliance with such legal requirement.

⁴⁰ Recipient's duty to protect Confidential Information received under this Agreement shall expire (5) five years from the date of termination of this Agreement.

Se trata de delitos de querrela, por lo que sólo se persiguen a petición de parte; ello significa que admiten el perdón del ofendido.⁴¹ Se sancionan con prisión de dos a seis años y multa de cien a diez mil días de salario.⁴²

2.8.2. Responsabilidad civil.

La responsabilidad civil originada por la violación de las disposiciones relativas al secreto industrial y comercial se refiere al pago de los daños y perjuicio causados.

Dicha responsabilidad "en ningún caso será inferior al cuarenta por ciento del precio de venta al público de cada producto o la prestación de servicios que impliquen una violación a alguno o algunos de los derechos de propiedad industrial regulados" por la LPI.⁴³

Esa misma disposición se aplica para el caso de la reparación del daño como pena en el caso de la responsabilidad penal.

El artículo 86 LPI prevé el caso de que se contrate a una persona que hubiere prestado sus servicios a otra, con la finalidad de obtener de ella, los secretos industriales que conoció. En ese supuesto, se precisa la responsabilidad civil de quien contrató a la señalada persona. Esa disposición señala lo siguiente:

La persona física o moral que contrate a un trabajador que esté laborando o haya laborado o a un profesionista, asesor o consultor que preste o haya prestado sus servicios para otra persona, con el fin de obtener secretos industriales de ésta, será responsable del pago de daños y perjuicios que le ocasione a dicha persona.

2.8.3. Competencia.

En el caso de los delitos, así como de las controversias mercantiles o civiles y, en su caso, de las medidas precautorias que se deban aplicar, son competentes los tribunales de la Federación; sin embargo, cuando dichas

⁴¹ Última parte del artículo 223 LPI.

⁴² Artículo 224 LPI.

controversias sólo afecten intereses particulares, podrán conocer los tribunales del orden común, a elección del actor, sin perjuicio de someter la controversia la arbitraje.⁴⁴

2.9. OTRAS DISPOSICIONES DEL ACUERDO DE CONFIDENCIALIDAD:

a) La información confidencial revelada bajo este Acuerdo se entrega "COMO ESTÁ" y quien la revela no garantiza de ninguna manera la precisión de tal información confidencial, su idoneidad para cualquier uso particular, o no-violación de los derechos de terceros.⁴⁵

b) Ni este Acuerdo, ni cualquier cosa revelada o proporcionada con motivo de este Acuerdo, crea o debiera considerar que crea, de cualquier manera, alguna obligación de celebrar contrato o acuerdo de negocios alguno, ni obliga a cualquiera de las partes a adquirir algún producto o servicio del otro u ofrecer a la venta algún producto o servicio que utilice o incorpore información confidencial.⁴⁶

c) Este Acuerdo será obligatorio para los sucesores o cesionarios de ambas partes.⁴⁷

d) El Receptor no publicará o revelará la existencia o los términos y condiciones de este Acuerdo, o el hecho de que las partes están sosteniendo

⁴³ Artículos 221 bis y 226 LPI.

⁴⁴ Artículo 227 LPI.

⁴⁵ The Confidential Information disclosed under this Agreement is delivered "AS IS" and the Discloser makes no warranty of any kind with respect to the accuracy of such Confidential Information, its suitability for any particular use, or non-infringement or representation of third party rights.

⁴⁶ Neither this Agreement nor anything disclosed or provided pursuant to this Agreement creates or should be construed to create, in any manner, any obligation to enter into any contract or business arrangement, nor does it obligate either party to purchase any products or services from the other or offer for sale any products or services using or incorporating Confidential Information.

⁴⁷ This Agreement shall be binding upon the successors and assign of both parties.

negociaciones, sin el consentimiento expreso, escrito y previo de quien revela la información, a menos que le sea permitido.⁴⁸

e) Ningún uso de la información confidencial se permite excepto como se precisa en este Acuerdo, y _____ acepta en no apoyarse, de manera alguna, en la información confidencial, excepto como se autoriza en este Acuerdo. Ningún derecho de propiedad intelectual de quien revela la información, incluyendo cualquier licencia implícita o de cualquier otra forma, se otorga o se tiene la intención de otorgar.⁴⁹

⁴⁸ Recipient shall not publicize or disclose the existence or the terms and conditions of this Agreement, or the fact that the parties are having discussions hereunder, without the express, prior written consent of the Discloser, unless permitted.

⁴⁹ No use of such Confidential Information is permitted except as provided in this Agreement, and _____ agrees not to rely upon, in any manner, Discloser's Confidential Information except as authorized by this Agreement. No grant of any of Discloser's intellectual property rights, including any license implied or otherwise, is given or intended to be given.

Capítulo III

EL DUE DILIGENCE PROCEDURE

3.1. Cuestiones previas. 3.2. El concepto del *due diligence process*. 3.3. Las obligaciones del *due diligence process agreement*. 3.4. Aspectos del *due diligence procedure*.- 3.5. El dictamen del auditor. 3.6. *Letter opinion* u opinión del abogado. 3.7. Consecuencias posteriores a la conclusión del *due diligence procedure*.

3.1. CUESTIONES PREVIAS.

Como lo señalan Bendaniel y Rosenbloom, el manejo que debe darse a los riesgos en las operaciones transnacionales no se altera por las fronteras ni por las diferencias culturales de los países; éstas le agregan a tales transacciones, sin embargo, un mayor nivel de complejidad.¹

Constituye una práctica común, cuando se negocia la celebración de un *joint venture*, que las partes examinen diversos aspectos de las sociedades que se vincularán, especialmente cuando se trata de un *joint venture* societario que implicará la participación de una de las partes en el capital social de una sociedad ya constituida o, en todo caso, la fusión de sociedades. A dicho examen² se le conoce como *due diligence procedure*, *due diligence requirement*³ o *risk management due diligence review*.⁴

¹ Cfr. BENDANIEL David J. y Arthur H. Rosenbloom, *International M & A, Joint Ventures and Beyond. Doing the Deal*, John Wiley & Sons, Estados Unidos de América 1998, p. 421.

² Se trata de un procedimiento que también se realiza en los casos de adquisición de empresas o de fusión de sociedades, aún cuando no se deriven de un *joint venture agreement*.

³ Cfr. WOLF Ronald Charles, *A Guide to International Joint Venture with Sample Clauses*, Klumer Law, segunda edición, London-Cambridge 1999, p. 163.

⁴ Cfr. BENDANIEL, *op. cit.*, p. 423.

En todas las negociaciones, el análisis del riesgo en la operación es parte integral del *due diligence process* y puede materialmente afectar el valor y la estructura de la operación.⁵

Tanto el acuerdo de accionistas (*shareholders' agreement*) como el *due diligence procedure* están jugando un significativo papel, cada vez mayor, como parte de la documentación legal requerida para un *joint venture* internacional.⁶

3.2. EL CONCEPTO DEL DUE DILIGENCE PROCESS.

The Black's Law Dictionary define el *due diligence* como...

*Such a measure of prudence, activity, or assiduity, as in properly to be expected from, and ordinarily exercised by, a reasonable and prudent man under the particular circumstances; not measured by any absolute standard, but depending on the relative facts of special case.*⁷

El *due diligence procedure* es, en esencia, un procedimiento de revisión de la empresa, que puede abarcar su aspecto legal, financiero, comercial, tecnológico, ecológico, etcétera, con la finalidad de mostrar, tanto como sea posible, su real situación. Como lo señala Wolf, de esa revisión pueden aflorar problemas que ni siquiera la propia sociedad sospecha.⁸

El alcance de la revisión depende, por lo general, del monto de la inversión; así, puede ser tan simple, que sólo abarque la revisión de los documentos legales básicos y la información financiera de la empresa, o bien, puede contemplar una revisión mucho mas amplia, que incluya todos los aspectos de la empresa. Con

⁵ Cfr. BENDANIEL, *ib.*, p. 421.

⁶ Cfr. WOLF, *op. cit.*, p. 171.

⁷ BLACK Henry Campbell, *The Black's Law Dictionary*, West Publishing, sexta edición, Estados Unidos de América 1990, p.457.

⁸ Cfr. WOLF, *op. cit.*, p. 163.

esa revisión se pretende proteger la inversión de una de las partes, para evitarle riesgos posteriores.⁹

El *due diligence procedure* comienza, normalmente, con el requerimiento que el adquirente realiza de los estados financieros: el balance general o estado de la situación financiera (*balance sheet*) y el estado de resultados (*operating statement*) del último ejercicio fiscal.¹⁰ Conforme las negociaciones avanzan y a medida que adquieren mayor seriedad, la revisión se extiende a otra clase de información.¹¹

Este tipo de procedimientos implica el conocimiento de información que podría ser considerada confidencial, por lo que es indispensable celebrar un acuerdo de confidencialidad, previamente al inicio de la revisión.

El *due diligence procedure* es un procedimiento continuo que puede comenzar durante las negociaciones del *joint venture* y continuar, incluso, con posterioridad a la celebración de éste. Ese aspecto constituye un elemento fundamental del *joint venture agreement*, que permite que el *procedimiento de auditoria* siga; se recomienda precisar en el acuerdo qué aspectos de la revisión serán los que continuarán.

El dictamen positivo de la revisión realizada durante las negociaciones podría generar, de acuerdo con los factores presentes en cada caso concreto, una expectativa firme de conclusión del *joint venture*, de tal manera que no hacerlo sería considerado, en tal caso, como ruptura maliciosa de las negociaciones.

3.3. LAS OBLIGACIONES DEL *DUE DILIGENCE PROCESS AGREEMENT*.

Esta clase de acuerdos genera tres distintos tipos de obligaciones: Por una parte, (1) una obligación de hacer, que consiste en permitir o tolerar la revisión; por otra, (2) una obligación de no hacer, que estriba en abstenerse de entorpecer

⁹ Cfr. WOLF, *Ib.*, p. 163.

¹⁰ Estos son los estados financieros básicos. Además de ellos, también deben considerarse el estado de origen y aplicación de recursos y el estado de variaciones en el capital contable.

la revisión; y, por último, (3) una obligación de dar, que se refiere a la obligación de proporcionar la documentación y la información requerida.

La autorización para realizar la revisión puede adoptar dos formas. Una genérica, en la que simplemente se hace referencia al *due diligence requirement*, sin definir su alcance exacto. En este caso, se trata de una disposición general, a la que se recomienda acudir cuando sea imposible retardar la celebración o, en su caso, la ejecución del *joint venture agreement*, puesto que permite evitar discusiones sobre el particular. Será suficiente que se haga referencia a los procedimientos *standard* de auditoría, para que se entienda comprendida, por lo menos, la revisión del aspecto legal y financiero de la empresa. Esa clase de disposiciones podrían quedar incluidas, también, en los estatutos sociales.¹²

La otra forma es específica: consiste en indicar, de manera precisa, los distintos aspectos que abarcará la revisión, por lo que se incluye una lista detallada de los documentos y de la información requerida, que no es taxativa.¹³

Desde luego que la opción que se elija dependerá del clima de las negociaciones y del tiempo que se disponga para redactar los documentos y efectuar la revisión.

3.4. ASPECTOS DEL DUE DILIGENCE PROCEDURE.

No existe un límite en cuanto a los aspectos que podrían ser materia del *due diligence procedure*; sin embargo, los puntos básicos¹⁴ que habrán de ser considerados son los siguientes:

(1) Los documentos corporativos tales como: la escritura constitutiva y los estatutos sociales; el libro de actas; las actas de asamblea realizadas; los títulos de las acciones y el libro de registro de accionistas (cuando se trate de una sociedad por acciones); las actas de las sesiones del consejo de administración (si

¹¹ Cfr. WOLF, *op. cit.*, p. 163.

¹² Cfr. WOLF, *ib.*, p. 170-171.

¹³ Cfr. WOLF, *ib.*, p. 170.

¹⁴ Wolf nos proporciona una lista detallada de los distintos aspectos que debe cubrir el *due diligence requirement* (Cfr. WOLF, *op. cit.*, pp. 174-178).

lo hubiera); las diversas anotaciones en el Registro Público del Comercio, etcétera.

(2) Esos mismos documentos corporativos deberán analizarse respecto de las sociedades filiales o subsidiarias.

(3) Los permisos, autorizaciones o concesiones administrativas requeridas, de conformidad con la actividad de la empresa, así como las cuestiones de competencia y libre concurrencia.

(4) La tecnología en general como patentes de invención o de mejoras, diseños industriales, *know how*, secretos industriales, marcas, nombres comerciales, etcétera.

(5) Los contratos en general; (6) los seguros y las fianzas; (7) el aspecto laboral; (8) un análisis de las responsabilidades en que hubiere incurrido la sociedad o sus administradores; (9) los bienes y el activo fijo de la empresa; (10) las inversiones; (11) los aspectos fiscales y (12) las cuestiones ecológicas.

El análisis de cada uno de esos aspectos y, sobre todo, la identificación de las interrogantes que habrían de ser resueltas a partir de su revisión acuciosa, excede el objetivo de nuestro estudio. No obstante, en relación con algunos de ellos, habremos de realizar ciertas consideraciones.

La revisión de los estatutos es importante, en la mayoría de los casos, no tanto por lo que establecen, sino por lo que adolecen. Es recomendable agregar al acuerdo de *joint venture*, los estatutos sociales con sus modificaciones. También es conveniente incluir la prohibición de modificar los estatutos sociales, mientras se realizan las negociaciones.

La única manera de asegurarse que los bienes se encuentren libres de gravamen es a través de la auditoría financiera de la empresa; los pasivos deben quedar reflejados en los estados financieros y, además, estar debidamente documentados, por lo que de esa forma podrán determinarse sus características.

Cualquier contrato que represente un valor para la empresa debe ser adecuadamente analizado, para determinar su verdadera eficacia y, sobre todo, para conocer si se halla todavía vigente.

Un método tradicional que se emplea para proteger al adquirente de los efectos adversos de una sentencia futura consiste en depositar en garantía (*escrow*) una parte del precio de la venta.

3.5. EL DICTAMEN DEL AUDITOR.

El *joint venture agreement* debe establecer, como condición para el cierre definitivo de la operación, que el dictamen que emita el auditor sea satisfactorio, es decir, sea un dictamen sin salvedades u observaciones. Éste es un documento clave en cualquier *joint venture* internacional.

El dictamen habrá de contener, por lo tanto, la opinión del auditor en el sentido de que "el informe contable por él revisado, está sustentado en base de objetividad y veracidad razonable y que en él se han aplicado los principios de contabilidad en forma consistente y que por lo tanto el informe muestra *razonablemente* la situación financiera de la empresa revisada",¹⁵ conforme a las reglas internacionalmente aceptadas.

3.6. LETTER OPINION U OPINIÓN DEL ABOGADO.

La opinión del abogado también es un elemento valioso en el *due diligence procedure*. Dicho dictamen se rinde en un documento que se conoce como *letter opinion* o carta de opinión.

También es práctica internacional uniforme que el abogado del enajenante emita su opinión en el sentido de que no existe, de acuerdo con su conocimiento, impedimento legal alguno para que los compromisos asumidos por su cliente se cumplan.¹⁶

Esa opinión puede referirse a diversas materias específicas, tales como: la representación de la empresa; licencias para la operación de la sociedad; su

¹⁵ GERTZ Manero Federico, *Derecho Contable Mexicano*, Porrúa, tercera edición, México 1996, p. 24-25. El citado autor se refiere al Boletín número 2 del Instituto Mexicano de Contadores Públicos, Comisión de Procedimientos de Auditoría; octubre 1956; p. 1.

¹⁶ Cfr. WOLF, *op. cit.*, p. 169.

capital social; la existencia de las acciones y otros títulos similares; juicios pendientes y leyes aplicables a la transacción.¹⁷

Desde la perspectiva de los accionistas internacionales, lo que importa es que el abogado del enajenante confirme que lo que es materia de la operación no tiene problema legal alguno.¹⁸

Tratándose de *joint ventures* industriales habrá de considerarse la legislación ambiental para emitir la opinión, aspecto que debe quedar comprendido en la *letter opinion*.

3.7. CONSECUENCIAS POSTERIORES A LA CONCLUSIÓN DEL *DUE DILIGENCE PROCEDURE*.

Definitivamente, el resultado del *due diligence procedure* podrá influir en el cierre de la negociación o, en su caso, en las condiciones de la operación.

Es posible que no se hubieren detectado, durante las negociaciones, situaciones que, en principio, repercutan substancialmente en la operación, por haber quedado inconcluso el procedimiento de revisión o parcialmente terminado; no obstante, podrían surgir cuestiones, posteriores incluso a la terminación del propio *due diligence procedure*, que originen variaciones en el valor de las acciones.¹⁹

Por ello, en el *joint venture agreement* habrán de quedar previstos aspectos tales como: (1) el plazo que subsistirán, después del cierre, las garantías otorgadas por el enajenante; (2) las consecuencias que se derivarán al descubrirse alguna omisión con posterioridad; (3) establecer una pena convencional cuando el problema que se descubra represente un monto mínimo.²⁰

Dado que la operación de una empresa implica un flujo constante de créditos y débitos, es conveniente establecer un determinado periodo, al final del cual, de acuerdo con los resultados, habrán de realizarse ajustes al precio de la

¹⁷ Cfr. WOLF, *lb.*, p. 169.

¹⁸ Cfr. WOLF, *lb.*, p. 169.

¹⁹ Cfr. WOLF, *lb.*, pp. 163-164.

²⁰ Cfr. WOLF, *lb.*, p. 164.

enajenación. Asimismo, habrá de establecerse un plazo para que el adquirente realice las reclamaciones que correspondan, pasado el cual perderá el derecho para hacerlo.

Todos esos aspectos referidos se reflejan en cláusulas *standard* que se incorporan al acuerdo *joint venture*, en el apartado correspondiente a las consecuencias posteriores al cierre de la operación.

Capítulo IV

EL ACUERDO DE SOCIOS ¹

4.1. Consideraciones preliminares. 4.2. Los negocios parasociales. Concepto. 4.3. El acuerdo de socios en sentido estricto. 4.3.1. El concepto del acuerdo de socios. 4.3.2. El contenido del acuerdo de socios. 4.3.3. El *acuerdo de socios* y el *joint venture agreement*. 4.3.4 La transferencia de acciones. 4.3.5. La sociedad como parte del acuerdo de socios. 4.4. Negocios parasociales en particular.

4.1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.

Es común que las partes que celebran un *joint venture* societario, en el que los *venturers* emplean una sociedad como medio para la ejecución del *joint venture agreement*, concluyan a la vez, un *acuerdo de socios* que registrará sus relaciones en la propia sociedad.

Cuando la sociedad que se constituye es una sociedad por acciones, recibe el nombre de *acuerdo de accionistas* o *shareholders agreement*.

El término *acuerdo de socios* se emplea para referir, respecto de la relación entre quienes son o serán socios, una variada gama de contratos cuya finalidad estriba en regular diversos aspectos relacionados con la sociedad en la que aquellos participan o participarán.

Algunos de los puntos que comúnmente se abordan en el *acuerdo de socios* son objeto, a la vez, del contrato de sociedad o del estatuto social, puesto que se refieren a cuestiones que han sido consideradas parte de esos instrumentos por referirse a "reglas sobre organización y funcionamiento de la sociedad", ² tales como el *quórum* de asistencia y de votación en las asambleas

¹ Hemos decidido emplear el término *acuerdo de socios* en lugar de *acuerdo de accionistas* o *shareholders agreement*, que son los más usados en la práctica, debido a que éstos se refieren, en esencia, a una sociedad de capital, comúnmente una sociedad anónima o una *corporation*; sin embargo, el *joint venture* puede acudir a otra clase de sociedad distinta, por lo que esos términos resultarían inaplicables; aquí sería un término más general.

² Que es el concepto de estatuto conforme al artículo 6 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

y en las sesiones del consejo de administración, a los derechos de las minorías, a la transmisión de la calidad de socio, etcétera.

El *acuerdo de socios* se inscribe dentro de los denominados *contratos parasociales*, término que fue introducido por el autor italiano Oppo,³ tema que la doctrina ha abordado, especialmente, desde la perspectiva de la *sindicación de acciones*. No todos los caracteres resaltados del *sindicato de accionistas* se aplican a los demás *negocios parasociales*.

Cualquier contrato celebrado entre los socios actuales o futuros de una sociedad, con efectos en la propia sociedad, habrá que considerarlo como un *acuerdo de socios*, concepto que utilizamos como género de un grupo de negocios jurídicos que presentan la señalada característica.

Dentro del referido grupo se inscribe el *acuerdo de socios en sentido estricto*, del cuál tendremos que diferenciar algunos contratos que han adquirido individualidad, como el caso del *sindicato de accionistas* o *contrato de sindicación de acciones* que ya hemos citado, el *fideicomiso de voto*, entre otros.

Los efectos que produce el *acuerdo de socios* dependerán de los puntos que pretenda regular, puesto que puede abarcar, incluso, aspectos que por su naturaleza, no requieran oponerse a terceros.

En el desarrollo del tema trataremos, en primer término, el concepto de los *negocios parasociales*; posteriormente, el *acuerdo de socios* en sentido estricto y, finalmente, algunos negocios parasociales en particular, como la *sindicación de acciones*, el *fideicomiso de voto*, la *aportación para futuros aumentos de capital* y la *adquisición de un paquete de acciones* o *take over*.

4.2. LOS NEGOCIOS PARASOCIALES. CONCEPTO.

El 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,⁴ cuando su objeto implique variación de su contenido.

³ Cfr. MARADIAGA, p. 14.

⁴ Una vez constituida la sociedad, se acuerda determinada convención relativa a la sociedad entre todos o parte de los socios, sin cumplir con los requisitos necesarios

Como lo señala Mazzetti, los contratos parasocietarios son “aquellos que orbitando el núcleo —constituido por el contrato social— influyen en su télesis”,⁵ por lo que cualquier tipo contractual gozará de ese carácter siempre que *penetre* la esfera de la sociedad. Esa clase de acuerdos se refiere a aspectos tales como el gobierno, administración, vigilancia, distribución de utilidades, transferencia de *paquetes* accionarios, objetivos empresariales, modificación de las mayorías, derechos de la minoría, etcétera.⁶

La existencia de los negocios parasociales depende del contrato de sociedad, con el que se encuentran ligados por un vínculo de accesoriedad. En definitiva, su eficacia sólo se explica en función de tal contrato.

En principio, el interés que priva en tales acuerdos es más el de los socios que en ellos concurren, que el de la propia sociedad.⁷

Pueden celebrarse entre todos o parte de los socios exclusivamente, entre los socios y un tercero, entre la sociedad y los socios, y entre la sociedad y un tercero.⁸

Las razones que han influido en la celebración de los *acuerdos parasociales* son, esencialmente, dos:

En primer lugar, el deseo de evitar la publicidad de esos acuerdos, “particularmente en aquellos casos en que, por no tener esas relaciones efectos que deban ser opuestos a terceros conforme al régimen de los contratos de sociedad, la eficacia del contrato parasocial entre los socios participantes en la misma es suficiente a los fines prácticos”.⁹

En segundo lugar, se ha destacado su carácter confidencial,¹⁰ aspecto que se desvincula de la publicidad; cualquier punto que se contemple en el estatuto social podría conocerse por personas ajenas a la relación, de

para que se configure el acto colectivo modificador del contrato constitutivo (CABANELLAS, p. 504).

⁵ “Cualquier forma contractual —sin modificar su naturaleza jurídica— puede adoptar el carácter de ‘parasocietaria’, bastando para ello que penetren la télesis del contrato societario, influyendo... en el gobierno, administración, objetivos empresariales, modificación en las mayorías, etcétera” (MAZZETTI, p. 296).

⁶ Cfr. MAZZETTI, p. 296.

⁷ Comisión sobre Negocios Parasocietarios, p. 293.

⁸ Cfr. MAZZETTI, p. 296.

⁹ CABANELLAS, p. 739.

¹⁰ Cfr. WOLF, p. 137.

inscribirse en el registro de comercio, exigencia de la que son ajenos los *negocios parasociales*.

4.3. EL ACUERDO DE SOCIOS EN SENTIDO Estricto.

4.3.1. El concepto del acuerdo de socios.

El *acuerdo de socios* es una especie de los *negocios parasociales*, según quedó asentado al inicio del tema. Esa clase de *acuerdos* contiene disposiciones que rigen la relación de las partes en función, precisamente, de su vinculación actual o futura en una determinada sociedad.

Las partes que concurren al citado *acuerdo* son o serán socios en una misma sociedad. Cuando el *acuerdo de socios* se celebra en el marco de un *joint venture agreement*, quienes lo formalizan no son socios todavía, en la misma sociedad a la que el citado *acuerdo* se refiere, puesto que la sociedad que emplearán como medio para ejecutar el contrato de *joint venture* se constituirá posteriormente, en los términos pactados; en todo caso, una de las partes apenas participará en una sociedad constituida, en la que la otra ya es socio.

Desde luego que el *acuerdo de socios* podría celebrarse con posterioridad a la participación de los *venturers* en la sociedad, cosa que generalmente no sucede, pues además resulta inconveniente. Es más probable, sin embargo, que los *venturers* modifiquen el *acuerdo de socios* o convengan respecto de puntos distintos de los que originalmente pactaron.

La finalidad general del *acuerdo de socios* es regular el presente, futuro y los eventos diarios entre los socios o los futuros socios. Se trata de un negocio jurídico en el que las partes acuerdan convivir en una forma determinada, sin que exista límite en su alcance u objetivo,¹¹ salvo los impuestos por la ley o por las buenas costumbres.

¹¹ Cfr. WOLF, p. 136.

4.3.2. *El contenido del acuerdo de socios.*

Son varios puntos relacionados con la sociedad, los que los *venturers* habrán de definir. Algunos de ellos deberán reflejarse en el estatuto social e inscribirse en el registro de comercio, especialmente para que sean oponibles a terceros; otros, sin embargo, carecerán de un espacio apropiado en aquél, o bien, su inclusión saturará de tal manera el estatuto que lo acercaría a “una guía para el manejo de la empresa”.¹²

Algunos de los temas que suelen incluirse en el *acuerdo de socios* son, de manera enunciativa, los siguientes:

(1) Composición del órgano de administración, (2) quórum de presencia y de votación en las sesiones del consejo de administración y en las asambleas, (3) protección de las minorías, (4) políticas de administración de la empresa, (5) métodos de contabilidad, (6) uso de los fondos de la sociedad, (7) políticas de dividendos, (8) financiamiento, (9) transferencia de las acciones, (10) separación o retiro de los socios.

4.3.3. *El acuerdo de socios y el joint venture agreement.*

Según Wolf, dada la creciente complejidad del *joint venture* internacional, es necesario contar con un *acuerdo de socios* aún cuando el *joint venture agreement* contemple diversos aspectos de la relación de los *venturers* respecto de la sociedad en la que participarán, de tal manera que ambos consten en documentos separados. Los puntos que regula un *acuerdo de socios* podrían estar previstos total o parcialmente en el *joint venture agreement* o tan sólo encontrar mera referencia en éste.¹³

Las razones que el citado autor expone atienden (1) a los distintos propósitos u objetivos que cada uno persigue y (2) a su sentido práctico, particularmente, cuando surjan controversias que deban dirimirse ante los tribunales.

El *acuerdo de socios* se refiere sólo a una parte de la relación que se establece entre los sujetos por virtud del *joint venture*. De manera específica,

¹² WOLF, *ib.*, pp. 135-136.

regula su vinculación respecto de una determinada sociedad, como lo afirmamos con anterioridad. En ese sentido, en cuanto a su génesis, el *joint venture agreement* es primero que el *acuerdo de socios*.

El *joint venture agreement*, en cambio, se refiere a la totalidad de la relación que las partes han decidido establecer, para emprender, en conjunto, una finalidad común; en éste, los *venturers* precisan los medios que emplearán para lograrla. De ahí que el *joint venture agreement* contenga aspectos ajenos al *acuerdo de socios*, como son: Las razones que motivaron a las partes a celebrar el *joint venture*, el fin común que pretenden alcanzar, las contribuciones que harán, los contratos que habrán de celebrar para el logro del referido fin, etcétera.

Mientras el acuerdo de *joint venture* precisa las razones para su establecimiento y las condiciones del *joint venture* mismo, tales como el capital, la clasificación de acciones, la estructura del estatuto de la sociedad, etcétera, el *acuerdo de socios* regula la conducta de los participantes en la sociedad entre sí.¹³

La segunda razón para considerar la formalización del *acuerdo de socios* separado del *joint venture agreement* descansa en la inconveniencia que podría representar tenerlos juntos, al acudir a los tribunales en caso de controversia. No obstante, debe reconocerse que la circunstancias de que se contengan ambos actos en un solo instrumento no le resta individualidad al *acuerdo de socios*.

4.3.4. La sociedad como parte del acuerdo de socios.

Un punto que sobre el tema ha sido discutido es el concerniente a la concurrencia de la sociedad como parte en el *acuerdo de socios*. Se acepta que dicha participación no es indispensable, dado que esa clase de acuerdos regula la relación de los socios entre sí, respecto de la sociedad en la que han decidido participar. En determinados casos, el acuerdo se refiere a los derechos de un cierto grupo de socios.

¹³ Cfr. WOLF, *lb.*, pp. 135, 136.

¹⁴ Cfr. WOLF, *lb.*, p. 136.

No obstante, en ocasiones será conveniente que la sociedad sea parte del acuerdo; de esta forma quedará vinculada, sin que sea posible que desconozca con posterioridad el ejercicio de algún derecho otorgado a los socios.¹⁵

4.3.5. Problemas derivados de la transferencia de acciones.

El *acuerdo de accionistas* debe contemplar el supuesto de adquisición de acciones por los socios actuales o por nuevos socios, ya se trate de acciones originalmente emitidas (caso de transmisión de acciones) o de acciones representativas de una modificación al capital social.¹⁶ Y es que ambas hipótesis representan inconveniente respecto de la plena eficacia del acuerdo de accionistas.

En la práctica, se establece como requisito para autorizar la adquisición de las acciones, plasmado en el estatuto, que el adquirente se adhiera al acuerdo de socios previamente, mediante un convenio cuyo formato se agrega al citado acuerdo, y, en su caso, la obligación de quien transmite, de obtener la suscripción de dicho convenio.¹⁷

¹⁵ Cfr. WOLF, *lb.*, p. 138.

¹⁶ Cfr. WOLF, *lb.*, p. 139.

¹⁷ Cfr. WOLF, *lb.*, p. 139.

Capítulo V

LOS CONTRATOS DERIVADOS DEL *JOINT VENTURE AGREEMENT*

5.1. Consideraciones preliminares. 5.2. El carácter de los contratos derivados. 5.2.1. Contratos de cambio o contratos de comunidad de fin. 5.2.2. Manera de prever los contratos derivados. 5.3. Los contratos derivados en particular. 5.3.1. Los contratos para el comercio de bienes y servicios. 5.3.2. Los contratos de transferencia de tecnología. 5.3.2.1. Clasificación de los contratos de transferencia de tecnología. 5.3.2.2. Las cláusulas usuales en los contratos de transferencia de tecnología. 5.4. Los contratos relacionados con la administración. 5.5. Los contratos de *engineering*.

5.1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.

En el *joint venture agreement* las partes definen la manera como lograrán alcanzar el objetivo común que se han propuesto, lo que representa una de las particularidades que se observan en la figura.

Cuando la naturaleza de la relación que las partes han decidido entablar requiere que entre ellas se celebren algunos contratos sobre distintos aspectos de la citada relación, tales contratos habrán de quedar contemplados en el propio *joint venture agreement* y formarán parte, una vez celebrados, de toda la operación.

Estos contratos pueden referirse a dos puntos importantes de la relación: (1) a las contribuciones que las partes harán al *joint venture* y (2) a los medios que los *venturers* utilizarán para ejecutar el propio *joint venture agreement*.

Habremos de denominar a los citados contratos como *contratos derivados*, precisamente porque, como su nombre lo indica, se derivan del contrato de *joint venture*, que adquiere connotación de *contrato de base* que es causa de aquellos.

Sierralta se refiere a los contratos derivados como *contratos satélites*, a los que les otorga, además, el carácter de *acuerdos suplementarios*.¹ En la práctica mexicana se les conoce, también, como contratos relacionados.

Es imposible considerar a tales contratos como accesorios, que se caracterizan por seguir la suerte del contrato principal, sin el cual no podrían, en término generales, tener eficacia. Aún cuando en el *joint venture* las cuestiones relacionadas con la ineficacia o la rescisión de éste, podrían afectar a los contratos derivados, es posible que ello no fuera así en todos los casos, especialmente cuando las partes así lo previeran. También sería factible que los contratos derivados llegaran a subsistir separados del *joint venture*, inclusive con posterioridad a su terminación, mediante acuerdo sobre el particular.

En realidad, se trata de acuerdos que tienden a hacer viable la operación que se inicia a través del *joint venture*, de tal manera que sin esos acuerdos, en algunos casos será imposible que pueda llevarse a cabo.

La necesidad de acudir a estos negocios jurídicos derivados dependerá de lo complejo de la relación. Esto significa que, si ésta no requiere de contratos derivados para su ejecución, el hecho de que no lleguen a pactarse no afectará la naturaleza jurídica del propio *joint venture*.

Coincidimos con Sierralta, por lo tanto, en que los contratos derivados se encuentran dentro del ámbito general del *joint venture*.² No obstante, disentimos del citado profesor respecto de la naturaleza jurídica de los referidos contratos; sostenemos que el carácter de los contratos derivados no es necesariamente el mismo que el del *joint venture*, al que se ha caracterizado como un contrato de comunidad de intereses.

¹ SIERRALTA Ríos Aníbal, *Joint Venture Internacional*, Depalma, primera edición, Buenos Aires 1996, p. 241.

5.2. EL CARÁCTER DE LOS CONTRATOS DERIVADOS.

5.2.1. *Contratos de cambio o contratos de comunidad de intereses.*

Los contratos derivados o satélites serán contratos de cambio cuando haya una contraprestación pactada a favor de quien debe cumplir la obligación principal derivada del contrato de que se trate, que recibirá sin quedar sujeta al resultado de la operación.

En cambio, tendrán la connotación de un contrato de comunidad de intereses cuando la referida obligación principal se preste como contribución al objetivo común, de tal manera que quien debe cumplirla no recibirá una contraprestación derivada de ese contrato en particular, sino que su retribución (si así se le pudiera denominar) la obtendrá de acuerdo con los resultados de la operación que se realiza a través del *joint venture*.

Somos de la idea de que el *joint venture*, para considerarse como tal, debe implicar una contribución de las partes al objetivo común, cuando menos en algunos aspectos debidamente definidos, puesto que se trata de una figura asociativa, que requiere precisamente de ese elemento, de lo contrario no cabría hablar de *joint venture*, sino de alguna otra figura contractual distinta. Estimamos que en ese aspecto se distinguen el *joint venture* y la *strategic alliance* o alianza estratégica.

Los contratos derivados son, pues, acuerdos que integran el contrato de *joint venture*, como lo sostiene Marzorati, por lo que podrían escindirse, eventualmente, del *joint venture*, mediante acuerdo entre las partes. En la práctica, estos contratos se celebran al mismo tiempo que el *joint venture agreement*, al que se agregan como anexos, en documentos separados firmados por los *venturers*.³

² SIERRALTA, *Ib.*, p. 243.

5.2.2. Manera de prever los contratos derivados.

La celebración de los negocios jurídicos derivados puede quedar prevista en el acuerdo de *joint venture* de diversas maneras.

a) Como contratos definitivos: En algunas ocasiones, los contratos derivados serán indispensables para alcanzar el objetivo común previsto por las partes, por lo que su celebración habrá de realizarse al mismo tiempo en que se celebre el *joint venture agreement*. En este caso se trata de contratos definitivos por cuanto a que se celebran desde el inicio de la relación contractual. El contenido obligacional de estos contratos se define por las partes durante la etapa de las tratativas del *joint venture*, en el que encuentran referencia. Con la finalidad de que exista vinculación recíproca entre el *joint venture agreement* y esos contratos será necesario expresarlo así.

b) Como contratos preparatorios o promesas para contratar: Las partes también pueden, sin embargo, prometer la celebración de ciertos contratos derivados, para la cual definen, en el *joint venture agreement* o en documento anexo, (1) la naturaleza del contrato, (2) sus requisitos esenciales y (3) el plazo en el que se celebraran. De esta manera, cuando la promesa es bilateral, ambas partes quedan obligadas a celebrar dichos contratos, lo que constituye una *obligación de hacer*. Cuando es unilateral, lo que existe es una oferta para contratar, que la otra parte podrá aceptar o rechazar.

c) Como contratos normativos: Los contratos derivados podrían tener el carácter de contratos normativos. En éstos, las partes establecen las normas o las reglas que regirán una determinada relación jurídica, para el caso de que llegaren a celebrar las operaciones contractuales de que se trate, sin que ninguna de las

³ Cfr. MARZORATI Osvaldo J., *Alianzas Estratégicas y Joint Venture*, Astrea, primera edición, Buenos Aires 1996, p. 112.

partes quede obligada a celebrarlas. Esta última característica es fundamental para considerar a un contrato como normativo, pues si obligara a una o a ambas partes a celebrar el contrato, se trataría de una promesa de contrato, unilateral o bilateral.

En estos casos, sólo existirá la posibilidad de que las partes celebren determinado contrato, supuesto en el cual las normas o reglas previamente definidas por ellas gobernarán la relación.

d) Como contratos enunciados: Asimismo, el *joint venture agreement* podría simplemente estipular la posibilidad de celebrar ciertos negocios jurídicos en el futuro, sin que ninguna de las partes quede obligada a celebrarlos ni se precise en el acuerdo, su contenido obligacional; el contrato sólo queda enunciado como una mera posibilidad de celebrarlo, lo que sería materia de negociaciones posteriores.

En este caso, el acuerdo ni siquiera constituiría un contrato preliminar de otro, pero sí una disposición que les otorgaría preferencia a las partes, sobre terceras personas, para la celebración de los contratos enunciados, que las obligaría a llevar a cabo las negociaciones pertinentes para su eventual celebración.

La disposición contractual sobre esa clase de contratos podría ser redactada como sigue:

OBJETIVOS DIFERIDOS DEL JOINT VENTURE:

1. _____ y _____ expresan su interés en incluir en el presente contrato, la posibilidad de celebrar cualquiera de los contratos u operaciones comerciales que enseguida se detallan, y que serán, en su caso, materia de futuras negociaciones, sin quedar ninguna de las partes obligada a celebrarlos o realizarlos, por razón de su inclusión en éste instrumento.

2. Tales contratos u operaciones comerciales podrán ser los siguientes:

a) La maquila de _____ que realice _____ para _____.

En éste caso, las partes convienen en que el precio de los productos "maquilados" por _____ se determinará de conformidad con el siguiente procedimiento: _____.

b) La comercialización de los productos _____ en los Estados Unidos de América, por conducto de la empresa que se constituya de conformidad con el punto ____ que antecede o de _____.

c) La licencia para el uso de la marca _____, que conceda _____ a _____, mediante el pago de las regalías correspondientes.

d) Cualquier otra que las partes llegaren a convenir, en su momento.⁴

e) *Contratos no previstos en el contrato de joint venture*, sin embargo, celebrados posteriormente por las partes, de conformidad con las negociaciones que con posterioridad condujeron.

Un punto que conviene destacar es que un mismo contrato de *joint venture* puede contemplar la celebración de diversos contratos derivados, en varias de las formas expuestas.

5.3. LOS CONTRATOS DERIVADOS EN PARTICULAR.

Los contratos que podrían quedar contemplados en un acuerdo de *joint venture* son, definitivamente, muy variados: prácticamente cualquier contrato

⁴ DEFERRED OBJECTIVES OF THE JOINT VENTURE:

1. The parties express their interest to include within the present contract the possibility to celebrate any contracts or commercial operations detailed in the following subclause, and that will be, in their case, material for future negotiations, without any of the parties being obliged to celebrate or realise them for the fact that they are included in this instrument.

2. Said contracts or commercial operations may be the following:

a) The production of pickled vegetables prepared by _____ for _____.

In this case, the parties agree that the price of the products processed by _____ will be determined according to the following procedure:

b) The marketing of _____ products in the United States of America by means of a company formed according to the previous article _____, or by _____.

c) The license to use the trademark _____, conceded by _____ to _____, by means of corresponding royalties.

d) Any other contracts or commercial operations that the parties may agree on, in due time.

podría derivarse de esa clase de acuerdos. La misma sociedad que se constituye para la ejecución del *joint venture agreement* tratándose del *joint venture* societario constituye un contrato derivado.

Sin embargo, los contratos derivados o satélites más comunes, además del contrato de sociedad, son: (1) los contratos para el comercio de bienes y servicios, (2) los contratos de transferencia de tecnología, (3) los contratos de administración⁵ y (4) los contratos de ingeniería, razón por la cual haremos una breve referencia a tales contratos, con la finalidad de proporcionar al lector una somera idea de las señaladas figuras, dado que no es nuestra pretensión analizarlas exhaustivamente, lo que excede los alcances de nuestro estudio.

5.3.1. LOS CONTRATOS PARA EL COMERCIO DE BIENES Y SERVICIOS.

Un grupo de contratos que se emplean con frecuencia en las operaciones de *joint venture* son aquellos que tiene como finalidad el comercio de bienes y servicios, que han sido conceptuados genéricamente como contratos de distribución⁶ y que, cuando ocupan un lugar preponderante en la operación, definen a la figura que analizamos como *joint venture* de distribución.

Entre estos contratos podemos situar (1) al suministro, (2) al contrato de distribución, (3) a la concesión mercantil, (4) a la franquicia y (5) al contrato de agencia.⁷

a) El contrato de suministro: El suministro es el contrato por el cual, una persona denominada suministrante se obliga a entregar a otra, llamada suministrado, de manera periódica o continua, determinados bienes muebles, a cambio de un precio.

⁵ Cfr. SIERRALTA, *op. cit.*, p. 241.

⁶ Cfr. ETCHEVERRY Raúl Aníbal, *Derecho Comercial y Económico. Contratos. Parte Especial*, Volumen 1, Astrea, Buenos Aires 1991, pp. 204, 205, 207.

⁷ Dentro de los contratos para el comercio de bienes y servicios también podemos ubicar al contrato de intermediación (o corretaje) y al contrato estimatorio (o de consignación).

La obligación principal en el suministro consiste en suministrar o proveer los bienes muebles al suministrado.⁸ Esta obligación es mixta: se trata, por una parte, de una obligación de hacer, que estriba en que el suministrante debe realizar todos aquellos actos tendientes a poner los bienes materia del suministro a disposición del suministrado y, por otra, una obligación de dar, dado que el suministro implica la entrega de los referidos bienes.⁹ Por ello se ha señalado que el suministro pertenece a los contratos mixtos o combinados.¹⁰

Esa obligación de dar puede ser traslativa de dominio o de uso.¹¹ También puede ser traslativa de uso y de dominio a la vez, respecto de distintas clases de bienes. Es importante resaltar, sin embargo, que la transmisión de la propiedad de los bienes, cuando el contrato tiene ese efecto, queda en un segundo plano,¹² dado que lo trascendente es la actividad del suministrante tendiente a lograr la provisión de los bienes.

El suministrado busca obtener del suministrante una prestación que le permita recibir oportunamente los bienes que requiere para su empresa. Tiene como finalidad asegurar la provisión de materias primas, mercaderías o productos imprescindibles para el desarrollo de su actividad. Con palabras de Etcheverry...

La razón de ser del contrato de suministro la debemos ubicar en el hecho de una rápida satisfacción, además de segura y económica, de las necesidades de la parte suministrada para quien será antieconómico y riesgoso buscar satisfacerlas mediante la contratación individual en cada momento en que tales necesidades se hicieran presentes.¹³

Cuando el contrato implica la transmisión de la propiedad de los bienes suministrados, la transmisión se produce hasta el momento de la entrega de los

⁸ Cfr. VAZQUEZ del Mercado Oscar, *Contratos Mercantiles*, Porrúa, México, p. 216.

⁹ Cfr. GHERSI Carlos Alberto, *Contratos Cíviles y Comerciales*, Tomo II, Astrea, segunda edición, Buenos Aires 1992, p.

¹⁰ Cfr. GHERSI, *ib.*, p.

¹¹ Cfr. VAZQUEZ, *op. cit.*, p. 216. FARINA Juan M., *Contratos Comerciales Modernos*, Astrea, primera edición, Buenos Aires 1994, p. 472.

¹² Cfr. VAZQUEZ, *op. cit.*, p. 216.

¹³ ETCHEVERRY, *op. cit.*, p. 160.

bienes, puesto que ha de considerarse ese acto la manera idónea para determinar los bienes que el suministrante se obligó a proveer. Esto se debe a que el suministro tiene por objeto bienes muebles determinados sólo por su género, caso en el que la propiedad se transmite, en el Derecho mexicano, hasta el momento en que los bienes se individualizan con conocimiento del acreedor.¹⁴

Este contrato se diferencia del contrato de compraventa con entregas periódicas¹⁵ en el hecho de que, en esta última, la prestación es única, aun cuando su cumplimiento se fraccione en el tiempo, mientras que en el suministro no puede hablarse de una única prestación, sino de varias; cada prestación es autónoma y se vinculan entre sí, de tal manera que lo que importa es la reiteración oportuna de las prestaciones durante la vigencia del contrato. Garrigues señala que en el suministro hay una pluralidad de prestaciones autónomas que se corresponden con una pluralidad de obligaciones derivadas de un contrato único.¹⁶

b) El contrato de distribución: Por virtud de este contrato, una de las partes, denominada distribuidor, se obliga a adquirir de la otra parte, llamada distribuido, mercaderías generalmente de consumo masivo, para su posterior colocación en el mercado, actividad que realiza a nombre y por cuenta propia, de la que obtendrá un beneficio consistente en el *margen de reventa* de la señalada mercadería.¹⁷

El contrato de distribución permite que el fabricante o productor sitúe sus productos entre los comerciantes, a través de un intermediario independiente, sin necesidad de encargarse de esa actividad por sí mismo, lo que le implicaría contar con una organización adecuada para tal efecto e invertir capital, con el consiguiente riesgo que ello representa. De esta manera, el productor obtiene recursos económicos por la enajenación que realiza de sus productos al distribuidor, quien corre con el riesgo derivado de la reventa de tales productos.

¹⁴ Artículo 2015 del Código Civil Federal.

¹⁵ El contrato debe diferenciarse, además, de otras figuras contractuales tales como la prestación de servicios.

¹⁶ GARRIGUES Joaquín, *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo II, Porrúa, séptima edición, México 1987, p. 95.

¹⁷ Cfr. GHERSI, *op. cit.*, p. 75.

Son dos las principales obligaciones del distribuidor: (1) adquirir los bienes del distribuido y (2) distribuirlos. La importancia del contrato estriba, precisamente, en la actividad que el distribuidor debe realizar para colocar los bienes que adquiere en el mercado, es decir, distribuir los bienes. Al productor no le interesa tanto que el distribuidor adquiera de él los bienes que produce, sino que éstos lleguen a los comerciantes, pues de ello depende la subsistencia de su empresa. Por estas razones, el contrato de distribución no debe considerarse como una compraventa mercantil, como algunos lo han sostenido.

Coincidimos con Farina en que es imposible considerar al *margen de reventa* que percibe el distribuidor como una remuneración o contraprestación, puesto que estos conceptos indican la existencia de una obligación de pago a cargo de la otra parte, lo que no sucede en el contrato que se analiza, puesto que el beneficio económico que puede obtener el distribuidor se deriva de su propia actividad.¹⁸ Desde luego que ese beneficio podría ser mayor si el fabricante o productor concede al distribuidor un plazo para pagar los bienes que adquiere, ya que ello le permitiría realizar una menor inversión.¹⁹

Esta clase de contratos son frecuentes en operaciones de *joint venture*, dado que permiten el empleo de los canales de distribución o comercialización de productos que una de las partes ha establecido en un mercado determinado, lo que constituye una de las contribuciones típicas en esa clase de negocios jurídicos.

En la doctrina mexicana, Javier Arce Gargollo²⁰ y Xavier Ginebra²¹ sostienen que entre el contrato de distribución y el de concesión mercantil no existen diferencias, por lo que se trata del mismo contrato, opinión que no compartimos, razón por la cual dedicaremos a ese último contrato un apartado separado.

¹⁸ Cfr. FARINA, *op. cit.*, pp. 386-387.

¹⁹ Cfr. MARZORATI Osvaldo J., *Sistemas de Distribución Comercial*, Astrea, segunda edición, Buenos Aires 1995, p. 57.

²⁰ Cfr. ARCE Gargollo Javier, *Contratos Mercantiles Atípicos*, Porrúa, décima edición, México 2004, p. 357.

²¹ Cfr. GINEBRA Serrabou Xavier, *Alianzas Estratégicas o Joint Ventures*, Themis, México 2000, p. 123.

c) El contrato de concesión mercantil: La concesión mercantil es el contrato por el cual una persona denominada concedente, otorga a otra llamada concesionario, el derecho a adquirir sus productos, para su reventa posterior, actividad que realiza de manera exclusiva, a nombre y por cuenta propia, sujeto a un conjunto de normas establecidas por el propio concedente.²²

A diferencia del contrato de distribución, la concesión mercantil se refiere a bienes de *alta tecnología* y costo,²³ tales como automóviles, motocicletas, maquinaria agrícola, etcétera. Esa diferencia en el objeto es importante por sus consecuencias:

En primer lugar, la concesión mercantil se celebra, comúnmente, entre el fabricante o productor y un comerciante al por menor, en tanto que, el contrato de distribución vincula normalmente al fabricante o productor con un comerciante al por mayor (aún cuando también podría celebrarse entre dos comerciantes al por mayor).

En segundo lugar, la concesión mercantil, a diferencia de lo que ocurre con la distribución, no implica el desarrollo de una actividad encaminada a colocar los productos en el mercado, mediante su entrega a otro comerciante, sino que es el propio concesionario el que ofrece los productos al público consumidor.²⁴ Esta peculiaridad nos parece la más importante, a diferencia de lo que opina Farina.

Según el citado autor, "el aspecto más destacado de la concesión mercantil es que constituye un caso de concentración vertical de empresas", por lo que las relaciones entre el concedente y el concesionario se establecen como si las empresas formaran "un conjunto indisoluble sobre el cual se fundará la actividad de las partes". Este aspecto no se observa en el contrato de distribución, en el que el distribuidor "no enajena su independencia económica".²⁵

²² Cfr. GHERSI, *op. cit.*, p. 60.

²³ Según GHERSI, la concesión mercantil puede extenderse a determinados servicios (*op. cit.*, p. 60).

²⁴ Al consumidor final, en términos del derecho del consumidor.

²⁵ FARINA, *op. cit.*, pp. 428, 430, 433, 435, 448.

La exclusividad a favor del concedente es un elemento característico, exclusividad que se considera absoluta, de tal manera que el concesionario se obliga a comerciar sólo los productos del concedente.²⁶

En la concesión mercantil, el concesionario se obliga a prestar el servicio de mantenimiento y reparación a los productos del concedente, aún cuando no hubieran sido vendidos por él, lo que implica "someter totalmente la actividad mercantil del concesionario a las directivas y control del concedente".²⁷

d) El contrato de franquicia: De conformidad con el artículo 142 de la Ley de la Propiedad Industrial, existirá franquicia...

Cuando con la licencia de uso de una marca se transmitan conocimiento técnicos o se proporcione asistencia técnica, para que la persona a quien se concede pueda producir o vender bienes o prestar servicios de manera uniforme y con los métodos operativos, comerciales y administrativos establecidos por el titular de la marca, tendientes a mantener la calidad, prestigio e imagen de los productos a los que esta designe.

e) El contrato de agencia: De acuerdo con Arce Gargollo,²⁸ ...

El contrato de agencia es aquel por el cual una persona llamada agente, como intermediario independiente, de forma permanente y estable, se obliga a promover y, en su caso, a concluir negocios por cuenta del empresario, mediante una contraprestación generalmente ligada a los resultados.

La obligación principal del agente consiste en promover la venta de bienes o la prestación de servicios por cuenta del principal, de manera estable y permanente, por lo que debe "desplegar una actividad adecuada para lograr

²⁶ Cfr. FARINA, *lb.*, pp. 438-439. MARZORATI, *Sistemas...* op. cit., p. 138.

²⁷ FARINA, *lb.*, pp. 431, 449.

²⁸ ARCE, op. cit., p. 335-336.

clientes" para el principal.²⁹ Esto significa la realización de actos materiales por cuenta del principal.

Se diferencia de la comisión mercantil³⁰ en que ésta se refiere a la celebración de actos jurídicos y no actos materiales y, además, la actuación del comisionista se relaciona con actos *concretos* de comercio, por lo que no desarrolla su actividad de manera estable y permanente en beneficio del principal.

El mandato mercantil también es diferente a la agencia: aquél se refiere a la realización de actos jurídicos, y ésta, como se ha señalado, a actos materiales.

La característica fundamental del agente es que se trata de un intermediario independiente, que es el propietario de la empresa que desempeña la agencia, por lo que cuenta con una organización propia e independiente del principal.

La agencia puede ser sin representación y con representación. En el primer caso, el agente se concreta a promover los negocios del principal, contacta a los clientes y documenta sus requerimientos de bienes o servicios, para remitirlos al principal, quien será el que finalmente celebre la operación, al aceptar los pedidos. El agente no es, por lo tanto, parte del contrato, sino un mero intermediario.³¹

En la segunda modalidad, se confieren facultades al agente para actuar a nombre y por cuenta del principal, lo que le permite celebrar los contratos en representación de éste. El vínculo jurídico se establece entre el tercero y el principal.

5.3.2. LOS CONTRATOS DE TRANSFERENCIA DE TECNOLOGÍA.

La denominación *contratos de transferencia de tecnología* se refiere a un grupo de contratos que tienen por objeto (a) bienes intangibles considerados como propiedad industrial, o bien, (b) el conocimiento tecnológico que se transmite por una de las partes.³²

²⁹ FARINA, *op. cit.*, p. 395.

³⁰ Conforme al artículo 273 del Código de Comercio, el mandato aplicado a actos concretos de comercio se reputa comisión mercantil.

³¹ Cfr. FARINA, *op. cit.*, p. 409.

³² Cfr. FARINA, *ib.*, p. 262.

En el primer caso, el objeto indirecto del contrato esta constituido por marcas, nombres comerciales, avisos comerciales, patentes, modelos de utilidad, diseños industriales, etcétera, que son manifestaciones de la propiedad industrial.

En el segundo, la materia del contrato es la tecnología, que ha sido definida como el "conjunto de conocimientos propios de un oficio mecánico o arte industrial". La técnica, que es el "conjunto de procedimientos, así como la pericia o habilidad para lograr un resultado", no puede ser transmitida, dado que se trata, propiamente, de una habilidad que se adquiere con la práctica.³³

5.3.2.1. Clasificación de los contratos de transferencia de tecnología.

Entre los contratos de transferencia de tecnología pueden agruparse: (1) la licencia de uso de una marca, de un nombre comercial, de un aviso comercial, de una patente, de un modelo de utilidad o de un diseño industrial; (2) el contrato de *know how*; (3) el contrato de asistencia técnica y (4) de información técnica; (5) la transmisión del secreto industrial y (6) la cesión de tecnología.

a) El contrato de licencia: Es el contrato por el cual una persona, denominada licenciante, autoriza a otra, llamada licenciario, para usar o explotar una marca, un nombre comercial, un aviso comercial, una patente, un modelo de utilidad o un diseño industrial, sin transferirle la titularidad de tales bienes.

b) El contrato de *know how*: Este contrato tiene como finalidad la transmisión del *know how*, que consiste en los "conocimientos y experiencias de naturaleza técnica, comercial, administrativa, financiera o de otra naturaleza, aplicables en la práctica en la explotación de una empresa o en el ejercicio de una profesión".³⁴

³³ FARINA, *lb.*, pp. 262-263.

³⁴ FARINA, *lb.*, p. 638.

etcétera; (5) forma de pago y unidad monetaria empleada; (6) las bases para el cálculo del *royalty* (regalía); (7) indicación de los impuestos que gravan a la operación y a la transferencia del *royalty* y quien los asume; (8) duración del contrato; (9) indicación de la producción mínima de los productos generados con la tecnología recibida que debe lograr el cesionario; (10) limitaciones y condiciones impuestas por el cedente con respecto al uso de la tecnología objeto del contrato; (11) mercado dentro del cual puede actuar el cesionario; (12) asistencia técnica que prestará el cedente; (13) obligación de preservar secretos sobre la tecnología objeto del contrato; (14) exigencias en cuanto al modo de emplear la tecnología y sobre la calidad de los materiales a usar; (15) determinación de la calidad de los bienes o servicios a producir y sus precios en el mercado; (16) garantías y sanciones para el caso de incumplimiento por cualquiera de las partes; (17) causas de extinción del contrato;³⁸ (18) cláusula arbitral.

5.4. LOS CONTRATOS RELACIONADOS CON LA ADMINISTRACIÓN.

Otro grupo de contratos que se derivan del *joint venture* tienen que ver con la administración de una empresa.³⁹

Según expone Farina, éste tipo de contratos comenzaron a utilizarse en los casos de uniones de empresas y de grupos de sociedades y, posteriormente, se trasladó a otros ámbitos del fenómeno de agrupación de empresas y a supuestos ajenos a esos, en los que simplemente se prestan "servicios a otras sociedades, en todas las áreas de la administración o en algunas de ellas".⁴⁰

En este grupo debemos distinguir tres diferentes tipos: (1) el contrato de asistencia gerencial (*management assistance*), (2) el contrato de administración propiamente dicho (*management*) y (3) el contrato de gestión común.

³⁸ FARINA, *op. cit.*, pp. 632-633.

³⁹ En el derecho mexicano, la normativa del derecho de sociedades mercantiles dispone que la administración se realizará por una o más personas físicas y, además, prohíbe la delegación de facultades por el órgano de administración. Esta clase de contratos se refiere a la administración de la empresa o de la negociación.

⁴⁰ FARINA, *ib.*, p. 678.

c) El contrato de asistencia técnica: En el caso del contrato de asistencia técnica, "la empresa asistente se obliga mediante personal especializado a cooperar técnicamente, asesorando a la otra parte en todo el proceso industrial, de modo permanente o en visitas periódicas, a formar personal capacitado, efectuar experimentaciones y ensayos, etcétera".³⁵

d) El contrato de información técnica: El contrato de información técnica "tiene por objeto la entrega de planos, cálculos, diseños, especificaciones y reseñas de experimentos y comprobaciones, generalmente expuestos en plantillas, folletos o manuales para su utilización por la otra parte".³⁶

e) La transmisión del secreto industrial: Para la comprensión del punto propuesto, nos remitimos al tratamiento que hemos dado del secreto industrial, en el apartado³⁷ correspondiente al acuerdo de confidencialidad.

f) La cesión de tecnología: En este caso, se trata de un contrato por el que el cedente transmite la titularidad de la tecnología al cesionario, cesión que puede ser onerosa o gratuita.

5.3.2.2. Las cláusulas usuales en los contratos de transferencia de tecnología.

Como lo sostiene Farina, las cláusulas más comunes de los contratos de transferencia de tecnología pueden resumirse en las siguientes:

(1) Naturaleza de la tecnología objeto del contrato; (2) determinación de las obligaciones del cedente y del cesionario; (3) carácter de la transferencia de tecnología: definitiva o temporal; (4) determinación de la modalidad adoptada con respecto al precio: precio único, canon periódico, porcentual sobre las ventas,

³⁵ FARINA, *Ib.*, p. 644.

³⁶ FARINA, *Ib.*, pp. 644-645.

³⁷ Vide *supra* apartado 2.3.1 del Capítulo II del Título Segundo.

directamente la administración de ésta, por lo que se le confieren atribuciones para tomar las decisiones pertinentes sobre el particular.⁴⁴

c) El contrato de gestión común: Se refiere a un contrato que celebran dos o más partes, por lo general personas morales pertenecientes a un grupo, por lo cual convienen someterse a la dirección y administración de un órgano común, que llevará la gestión de ambas empresas.⁴⁵

Montalenti señala que esta clase de contratos se diferencian del contrato de administración, por cuanto a que en éste, quien desarrolla la administración es, por lo general, un grupo de personas físicas y no, como sucede en aquél, una persona moral.⁴⁶

5.5. LOS CONTRATOS DE ENGINEERING.

La evolución observada en la ingeniería ha dado lugar a figuras contractuales complejas, distintas a las que originalmente eran materia de esos contratos, que comprendían "prestaciones relativas al conjunto de operaciones previas o concomitantes a la realización de una obra, separadas totalmente de la ejecución de la misma".⁴⁷

En la actualidad, los contratos de ingeniería comprenden aspectos más amplios, tales como el estudio, la elaboración de cálculos, proyectos y planos, la fabricación de maquinarias y equipos, su entrega e instalación, la construcción de obras complejas y, en ocasiones, la propia operación de ellas por cierto tiempo.

Para Guardiola, la ingeniería constituye una clase de las prestaciones de tecnología típicas de los contratos que tiene por objeto la transferencia de tecnología. Según el maestro, cabe referirse a la ingeniería como...

⁴⁴ Cfr. CABANELLAS, citado por FARINA, *Ib.*, p. 678.

⁴⁵ Cfr. MONTALENTI, citado por FARINA, *Ib.*, p. 682.

⁴⁶ Cfr. MONTALENTI, citado por FARINA, *Ib.*, p. 682.

⁴⁷ SANDOVAL López Ricardo, *Tratado de Derecho Comercial. Nuevas Operaciones Mercantiles*, Editorial Jurídica ConoSur, segunda edición, Santiago de Chile 1992, p. 107.

a) El contrato de asistencia gerencial: En este contrato, una parte, que es la asistente, emite opiniones, ideas y asesora a la otra parte, que se denomina asistida, en la administración de una empresa, a cambio de una retribución. Se trata de un contrato que podría quedar encuadrado, también, dentro del contrato de consultoría.⁴¹

Señala Farina que, en la práctica, este tipo de contratos no solo se limitan a la asistencia propiamente dicha, sino que la asistente interviene, en determinados supuestos, en la administración de la empresa; se entiende como actividad de gestión, la actividad continua que desarrolla la asistente.⁴² Por ello, habremos de precisar la diferencia entre el contrato de asistencia gerencial y el de administración.

b) El contrato de administración: Es aquel por virtud del cual una empresa administradora, se obliga a desempeñar la administración de un determinado negocio, que pertenece a otra, a la que se denomina administrada, a cambio de una retribución.

Como lo sostiene Farina, la "sociedad especializada en la prestación de servicios gerenciales, recibe de una empresa las facultades para administrar sus negocios", por lo que "actuará dentro de las líneas estratégicas adoptadas por el órgano de administración, pues la competencia gerencial permanece en él, que conserva la titularidad de todos los poderes que no han sido expresamente delegados a la sociedad de *management*".⁴³

El contrato de asistencia gerencial y el contrato de administración se diferencian en lo siguiente: El primero tiene por objeto, exclusivamente, la consultoría en materia de gestión comercial; el asistente sólo se concreta a proporcionar conocimientos técnicos y formular apreciaciones y consejos a quien, de hecho, realiza la administración. En cambio, en el segundo, la empresa administradora realiza la gestión diaria de la empresa; tiene a su cargo

⁴¹ Cfr. FARINA, *lb.*, p. 678.

⁴² Cfr. FARINA, *lb.*, p. 682.

⁴³ FARINA, *lb.*, pp. 677, 682.

un conjunto de trabajos y estudios de carácter técnico, económico y de investigación, normalmente efectuados por una empresa o departamento especializados, para la realización de un determinado proyecto industrial y que suelen materializarse en proyectos e informes técnicos y planos.⁴⁸

En este grupo de contratos podemos ubicar (1) al *consulting engineering*, (2) al *commercial engineering*, a los contratos (3) *llave en mano* (*turnkey contracts*), (4) *producto en mano* y (5) *mercado en mano*.

a) El *consulting engineering* (consultoría en ingeniería): En el que la empresa de ingeniería se obliga a elaborar y entregar al consultante, determinados estudios técnicos destinados a la construcción, ampliación o modificación de una planta industrial.⁴⁹

Se ha señalado que se trata de una especie del contrato de consultoría.⁵⁰ De acuerdo con Vacca y Kleidermacher...

El contrato de *consulting engineering* es aquél por el que una parte (la consultora) compromete la prestación de un conjunto organizado, tanto de servicios de ingeniería especializada o mutifacética como interdisciplinarios, relativos a la preparación de proyectos o realizaciones de obras civiles, industriales o empresariales, sean privadas o públicas.⁵¹

b) El *commercial engineering*: En este contrato, la empresa de ingeniería se obliga a proporcionar determinados conocimientos tecnológicos, a efectuar ciertos estudios técnicos y, además, a ejecutar las obras a que se refieren esos conocimiento o estudios.⁵²

⁴⁸ GUARDIOLA Sacarrera Enrique, *Contratos de Colaboración en el Comercio Internacional*, Bosch, primera edición, Barcelona 1998, p. 173.

⁴⁹ Cfr. SANDOVAL, *op. cit.*, p. 107.

⁵⁰ Cfr. FARINA, *op. cit.*, p. 656.

⁵¹ VACCA – KLEIDERMACHER, *Contratos de Consultoría*, p. 19, citado por FARINA, *ib.*, p. 656.

⁵² Cfr. SANDOVAL, *op. cit.*, p. 108.

c) El contrato llave en mano (turnkey contracts): En el que la empresa de ingeniería se obliga a realizar todas las actividades necesarias para la instalación de un determinado establecimiento industrial, que habrá de entregar en operación.⁵³

Su nombre deriva del hecho de que la empresa de ingeniería entregará, propiamente, las llaves del establecimiento industrial al cliente, ya que la relación contractual implica que aquella realice el diseño, proporcione los materiales así como la maquinaria y el equipo necesarios, los instale, aplique la tecnología acorde con la naturaleza de la obra, realice las construcciones y entregue el establecimiento funcionando a plenitud. Por ello, la empresa de ingeniería habrá de responder por la demora en la entrega.⁵⁴

De esta manera, el propietario del establecimiento industrial no tendrá que acudir a distintas personas para que realicen determinadas partes del proyecto, sino que será una única empresa de ingeniería quien habrá de cumplir todas las prestaciones necesarias para concluir las instalaciones.

d) El contrato producto en mano: Como lo sostiene Sandoval, en el contrato *producto en mano*, la empresa de ingeniería contrae, además de las obligaciones referidas para el *turnkey contract*, la obligación de transmitir al personal del adquirente, los conocimientos administrativos y técnicos para la adecuada operación de las instalaciones.⁵⁵

A ese respecto, habrá de garantizar la eficacia de la capacitación, por lo que se recomienda precisar en el contrato, los resultados que alcanzará la empresa de ingeniería, a través de la capacitación.⁵⁶

El contrato *producto en mano* es diferente a aquél en el que la empresa de ingeniería se obliga, además, "a prestar asistencia con su propio personal en la explotación de las instalaciones terminadas".⁵⁷

⁵³ Cfr. SANDOVAL, *lb.*, p. 111.

⁵⁴ Cfr. SANDOVAL, *lb.*, pp. 111, 112.

⁵⁵ Cfr. SANDOVAL, *lb.*, p. 112.

⁵⁶ Cfr. SANDOVAL, *lb.*, p. 112.

e) ***El contrato mercado en mano***: En estos contratos, "la empresa de ingeniería proyecta, construye y vende una empresa totalmente terminada y en funcionamiento, garantizando además una proporción del mercado regional, nacional o internacional".⁵⁸

⁵⁷ SANDOVAL, *lb.*, p. 112.

⁵⁸ SANDOVAL, *lb.*, p. 113.

Conclusiones

LA NATURALEZA JURÍDICA DEL *JOINT VENTURE* Y DE SUS DISPOSICIONES SOCIETARIAS

6.1. La naturaleza jurídica del *joint venture*. 6.1.1. El *joint venture* como contrato de sociedad. 6.1.2. La regulación del *joint venture* en México. 6.2. Las disposiciones societarias del *joint venture*. 6.2.1. Consideraciones preliminares. 6.2.2. Las relaciones internas en la sociedad. 6.2.3. La eficacia de las disposiciones societarias del *joint venture*: validez y oponibilidad. 6.2.4. Las consecuencias jurídicas de las disposiciones societarias del *joint venture*. 6.2.5. El carácter de las disposiciones societarias del *joint venture*.

6.1. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL *JOINT VENTURE*.

Hemos presentado un panorama general del *joint venture*. Como se desprende de sus orígenes, ésta figura asociativa se ha regulado en el Derecho estadounidense por las normas de la *partnership*.

En la actualidad, se atribuye a la *partnership* el carácter de un ente separado de los *partners*, aún cuando subsisten vestigios de la *teoría de la agregación*, como se le consideró hasta 1994, que se manifiestan en determinados aspectos tales como la responsabilidad ilimitada de los socios. La concepción de la *partnership* como una *agregación de personas*, que fue el enfoque que se le otorgó desde la UPA (1914), implicó reconocerle ciertos rasgos que la aproximaban a una persona jurídica. Ambas versiones revisten trascendencia para nuestro análisis, puesto que, tratándose del *joint venture* internacional, la figura estará dotada de personalidad según el Derecho que rija la relación.

Sin considerar el carácter de persona, los rasgos que la *partnership* presenta se acercan a la *societas* del Derecho romano¹ con la que tiene, sin

¹ La *societas* se concebía como un contrato por el cual dos o más personas ponían en común determinados objetos o sus energías, o una combinación de ambos, para dedicarse a determinadas actividades, no necesariamente económicas y distribuirse los

embargo, algunas diferencias. Sus caracteres se asemejan, también, a los de la *societas civil* y, en el orden comercial, a la *societas en nombre colectivo*, ambas del Derecho mexicano. De hecho, Mantilla Molina afirma que "la sociedad colectiva es la que más semejanza tiene con la *societas*" romana.²

La diferencia más importante entre la *societas* y la *partnership* está en la vinculación respecto de terceros. En la *societas*, la relación de los socios sólo tenía eficacia entre ellos. No podía oponerse a terceros, por lo que los efectos de los actos celebrados por los socios con terceros, repercutían en primer término en el patrimonio de aquellos. El vínculo se establecía entre el socio y el tercero con el que contrataba.³

Por ello, el socio tenía el deber de entregar una porción de las ganancias obtenidas por los actos realizados, de acuerdo con los fines de la sociedad, a los demás socios, pero también le correspondía el derecho a recuperar de ellos una parte proporcional de las pérdidas sufridas.⁴ De igual manera, se le otorgaba el derecho de recibir una parte de las ganancias obtenidas por los demás, y la obligación de contribuir a las pérdidas que aquellos hubieren resentido.⁵ A ello se le denominó con la palabra *communicare*.⁶

En cambio, en la *partnership* cada *partner* es una *agente* de la misma, a la que obliga por sus actos, por lo que los *partners* devienen personal e ilimitadamente responsables.⁷ La atribución de responsabilidad a los demás socios por la actuación de uno de ellos tiene su origen en la *agencia mutua*: se entendió

resultados (FLORIS Margadant Guillermo, *Derecho Romano*, Esfinge, México 1977, p. 421.

² MANTILLA Molina Roberto, L., *Derecho Mercantil*, Porrúa, vigésimo sexta edición, México 1989, p. 261.

³ FLORIS *Ib.*, p. 421.

⁴ FLORIS, *Ib.*, p. 421.

⁵ FLORIS, *Ib.*, p. 421.

⁶ Cada uno de los asociados debe hacer común a los demás, no solamente lo que ha prometido aportar, sino también el resultado de las operaciones que ha realizado para la sociedad (Paulo, L. 1, &1, y L. 74, D., pro soc XVII, 2) PETIT Eugene, DERECHO ROMANO, Porrúa, décima tercera edición, México 1997, p 409.

⁷ Vide *supra* apartados 2.5 y 2.6 del Capítulo II del Título Primero.

que los *partners* se conferían representación de manera recíproca, para efectos de la finalidad común.⁸

Puede decirse, entonces, que la *responsabilidad solidaria e ilimitada* de los socios característica de la *partnership*, no se aprecian en la *societas*. Tampoco se advierte en ésta, la *representación recíproca*, rasgo que proviene de la *partnership* como *agregación*.

6.1.1. *El joint venture como contrato de sociedad.*

En México, el artículo 2688 CCF establece que el contrato de sociedad es aquél en el que "los socios se obligan mutuamente a combinar sus recursos o sus esfuerzos para la realización de un fin común".⁹ Éste constituye el concepto genérico de la señalada figura contractual.

En términos generales, los caracteres mínimos que identifican a una sociedad son: (1) Un origen contractual, que vincula a dos o más personas; (2) una contribución de las partes, que implica la aportación de bienes o de servicios; y, (3) un fin común, que constituye la causa del contrato. Tales rasgos se aprecian, indiscutiblemente, en el *joint venture*, por lo que éste habrá de recibir, en el Derecho mexicano, el tratamiento de *una sociedad*. La cuestión estriba en determinar, conforme a nuestro sistema jurídico, qué clase de sociedad es el *joint venture* y las normas a las que habrá de quedar sometida.

Destacamos en otro lugar¹⁰ que, en la práctica internacional, el *joint venture* tiene rasgos que lo separan, en cierta medida, de la versión estadounidense. Por

⁸ Véase el punto 2.7 del segundo capítulo de la primera parte de este trabajo.

⁹ Rojina Villegas señala que el Código Civil vigente (de 1928) "modifica el criterio restringido de sociedad que tomamos de las legislaciones europeas, en las cuales el fin de la sociedad siempre era la repartición de ganancias y se dispone que el fin de toda sociedad será preponderantemente económico, sin limitarlo a las circunstancias especiales de que haya reparto de utilidades o de pérdidas; se toma simplemente como criterio la naturaleza económica del fin y, por tanto, se amplía el campo de acción de las sociedades... sin que sea menester que haya o no la posibilidad de repartir utilidades o pérdidas" (ROJINA Villegas Rafael, Derecho Civil Mexicano, tomo VI, volumen II, Porrúa, cuarta edición, México 1981, pp. 134-135).

¹⁰ Puntos 2.1 en el capítulo segundo, y 3.1.1 del capítulo tercero, ambos de la primera parte.

una parte, esa clase de vínculos contractuales puede originar variadas relaciones jurídicas obligacionales que sirven como herramienta para cumplir el contrato, por lo que integran un conjunto de negocios jurídicos que se explican en función de una finalidad común. Por otra, se distinguen en ese ámbito el *joint venture* contractual, el *joint venture* societario y el *joint venture* mixto, de los que ya nos hemos ocupado antes.¹¹ En todas esas modalidades del *joint venture*, aparece el *joint venture agreement* como un *contrato de base* que regula todas las vinculaciones negociales que surgen entre las partes.

En el *joint venture* societario, las relaciones jurídicas que ocurren en el interior de la persona jurídica que se emplea con esa finalidad están indefectiblemente vinculadas al *joint venture agreement*, de tal manera que los efectos jurídicos que éste produce podrán incidir en el aspecto contractual de la *sociedad-persona*. Como lo afirma Sierralta, las normas de actuación de los órganos de la sociedad que se constituye para operar el *joint venture* se establecen en el propio *agreement*, y por lo tanto lo deben regir.¹²

En nuestro concepto, el rasgo que caracteriza al *joint venture* consiste en la *precisión de los medios que se emplearán para desarrollar la actividad que las partes acuerdan emprender en conjunto*. Se trata de un contrato asociativo que regula la relación de los *venturers* respecto de la actividad que han decidido emprender, que les permite definir, con anticipación, los instrumentos a los que acudirán para alcanzar la finalidad que se han propuesto.

Esto implica que, del propio contrato de *joint venture*, puedan derivar diversas relaciones jurídicas negociales que estarán indefectiblemente unidas o sujetas a ese contrato, por lo que las vicisitudes que ocurran en el seno de ese conjunto de relaciones que se forma, podrán influir definitivamente en cada uno de los referidos vínculos negociales. Precisemos:

En el caso que planteamos en la introducción (punto 3.3) relativo a la producción y distribución de bienes bajo una marca, relación en la que intervienen tres partes: (A) productor, (B) distribuidor y (C) licenciante, en la que (A) y (B)

¹¹ Punto 3.1.1 del capítulo tercero, de la primera parte.

¹² Cfr. SIERRALTA, *op. cit.* p. 222.

constituyen una sociedad (AB), y (C) se vincula con ellos mismos o con la sociedad por medio de la licencia de marca, sin participar en la sociedad que aquellos forman, tanto la sociedad mercantil como el contrato de distribución y la licencia de marca tienen su origen en el *contrato de base*. Todas esas figuras contractuales son una consecuencia del propio *joint venture agreement*. Puede suceder que la *licencia de la marca* no tenga su origen en el *contrato de base*, supuesto en el que el *contrato de licencia* quedaría excluido de la relación jurídica derivada del *joint venture*.

En el *contrato de base* las partes prevén cómo vincularse en función de la finalidad común prevista; qué clase de sociedad constituirán, su participación en ella, cual será su contribución, la forma como se conformarán los órganos de deliberación y de administración, los derechos de las minorías, etcétera. También precisan qué contratos son necesarios para concluir el negocio y, quizá, su contenido. En otros términos, las partes definen cómo harán el negocio y qué pasos tendrán que seguir para lograrlo.

De esta manera, además de generar una relación entre socios, el contrato de *joint venture* es causa de otros contratos que dan lugar a obligaciones específicas entre las mismas personas que son socios.

El *joint venture* tiene, sin discusión, elementos de una *sociedad*. El carácter negocial, la contribución de las partes y la finalidad común se aprecian en el fenómeno. No obstante, *el rasgo que consiste en la previsión de los medios que emplearán las partes para ejecutar el acuerdo es lo que diferencia a la figura de cualquier sociedad*.

Según Jorge Miquel Rodríguez, “merece destacarse que el concepto amplio de sociedad no tiene tanta incidencia en la sociedad conjunta como en el acuerdo preliminar, que debe ser el objeto de reflexión. En efecto, la cuestión determinante sería establecer si el acuerdo previo a la constitución de la sociedad, el acuerdo de *joint venture*, podría considerarse una sociedad (ya sea en sentido estricto o amplio). En caso de responder afirmativamente debería establecerse si tiene carácter civil o mercantil. Las consecuencias serían, evidentemente, la aplicación de un régimen distinto, el de la sociedad civil o colectiva, en vez del general de los

contratos. Podemos decantarnos desde este momento por afirmar que si entendemos que estamos ante una sociedad, siquiera en sentido amplio, sería de carácter civil.”¹³

Disentimos de la opinión de Jorge Miquel Rodríguez de que el *joint venture* sea una sociedad de naturaleza civil. El *joint venture* es una relación de carácter mercantil por vincularse su objeto con actividades comerciales: se trata de una sociedad, de carácter mercantil, desprovista de personalidad jurídica.

1.1. Sistema formal de las sociedades mercantiles.

La regulación de las sociedades mercantiles en México se ha apoyado en “un sistema formal sin excepciones ni atenuaciones”.¹⁴ La enumeración de los tipos sociales en el artículo 1 LGSM, constituye un *numerus clausus*,¹⁵ dado que “no tiene el carácter de enunciativa, sino precisamente de limitativa y para asegurar la vigencia del sistema, (la ley) adopta un criterio rigurosamente formal en lo que toca a la determinación del carácter mercantil de las sociedades”, tal como se señala en la Exposición de Motivos del mencionado ordenamiento.¹⁶

De acuerdo con ese sistema, “se reputarán mercantiles todas las sociedades que se constituyan en algunas de las formas reconocidas” en el referido artículo,¹⁷ que son: *sociedad en nombre colectivo*, *sociedad en comandita simple*, *sociedad de responsabilidad limitada*, *sociedad anónima*, *sociedad en comandita por acciones* y *sociedad cooperativa*.¹⁸ A éstas se les reconoce personalidad jurídica.¹⁹

¹³ MIQUEL Rodríguez, *op. cit.*, p. 162.

¹⁴ RODRÍGUEZ Rodríguez Joaquín, *Tratado de Sociedades Mercantiles*, tomo I, Porrúa, sexta edición, México 1981, p. 7.

¹⁵ Cfr. GARCÍA Rendón Manuel, *Sociedades Mercantiles*, Harla, México 1993, p. 152.

¹⁶ RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p. 8. Lo señalado entre paréntesis es nuestro.

¹⁷ Artículo 4 LGSM.

¹⁸ Artículo 1 LGSM.

¹⁹ Las sociedades mercantiles inscritas en el Registro Público de Comercio, tiene personalidad jurídica distinta de la de los socios (artículo 2, primer párrafo, LGSM).

Las referidas sociedades deben constituirse en escritura pública ante notario o en póliza ante corredor público e inscribirse en el Registro Público de Comercio, requisitos sin los cuales la *sociedad será irregular* cuando se haya exteriorizado como tal frente a terceros.²⁰ Como lo sostiene Rodríguez, no se trata de "dos requisitos independientes, sino conexos, pues para que pueda procederse a la inscripción en el Registro Público (de Comercio), precisa que el documento base de la misma sea una escritura pública".²¹

1.2. La sociedad mercantil irregular.

De acuerdo con Cabanellas de las Cuevas, son sociedades irregulares "aquellas que teniendo elementos que permitan identificar la voluntad de sujetarse a un tipo determinado, no reúnan los requisitos formales para que tal voluntad, instrumentada en un acto contractual, tenga efectividad como tal".²²

El concepto de *sociedad irregular* deriva de la exigencia legal, para la constitución de las sociedades mercantiles en cuestión, precisamente, de esos dos requisitos: la formalidad del instrumento público, que sólo se impone a tales sociedades, y son éstas las que quedan sujetas a registro. De ahí que el concepto de *sociedad irregular* sólo se atribuya a la sociedad que se manifiesta hacia terceros bajo alguno de los tipos legales,^{23/24} sin que reúna alguno de los requisitos apuntados.

²⁰ Artículo 2, párrafo tercero, LGSM.

²¹ RODRÍGUEZ, op. cit., p. 141. Lo señalado entre paréntesis es nuestro.

²² CABANELLAS de las Cuevas Guillermo, *Derecho Societario, Introducción al Derecho Societario*, tomo I, Heliasta, Buenos Aires 1993, p. 362. Para Joaquín Rodríguez Rodríguez, son sociedades irregulares "las que aunque existen, no han cumplido los requisitos de forma marcados por la ley" (RODRÍGUEZ, op. cit., p. 136).

²³ Mantilla Molina afirma que "resulta acorde... que el legislador fije los requisitos que ha de satisfacer la institución jurídica sociedad mercantil; pero que también regule la situación de quienes han pretendido constituir una sociedad mercantil, aunque no hayan cumplido todas las normas jurídicas aplicables" (MANTILLA, op. cit., p. 242).

Barrera Graf sostiene que "internamente, los efectos de la *sociedad irregular* son similares a los que produce una *sociedad regular*: las relaciones entre sociedad y socios, entre una y otros frente a los administradores y representantes sociales, así como de las relaciones que se establecieren entre los socios como tales", se rigen en los mismos

Y es que en los párrafos tercero y cuarto del artículo 2 LGSM se hace referencia a la palabra *sociedad*, lo que implica que esta exista. Inclusive, de acuerdo con el quinto párrafo, "las relaciones internas de las sociedades irregulares se regirán por el contrato social respectivo y en su defecto, por las disposiciones generales y por las especiales... según la clase de sociedades de que se trate".

Barrera Graf sostiene que "la exteriorización de la sociedad ante terceros,... constituye una publicidad de hecho, implica que el tercero que celebre negocios con el representante de la sociedad sepa, o deba saber, que, en efecto, se trata de una sociedad ya establecida y en funciones (no de una sociedad en formación); es decir, que está contratando con una sociedad, que la persona física con quien trata es representante de ella, y que, consecuentemente, esa persona no obra a nombre y por cuenta propia, sino a nombre y por cuenta de la sociedad".²⁵

Las consecuencias jurídicas de la existencia de una *sociedad mercantil irregular*, son: (1) el reconocimiento de personalidad jurídica;²⁶ (2) la plena eficacia del contrato de sociedad entre los socios, quienes (3) estarán impedidos de alegar frente a terceros la señalada irregularidad.²⁷ Además, el principal efecto que se produce por la actuación de una *sociedad irregular* es (4) la atribución de responsabilidad solidaria e ilimitada, aunque subsidiaria, de los representantes o

términos (BARRERA Graf Jorge, *Instituciones de Derecho Civil*, Porrúa, México 1989, p 341).

Según Frisch Philipp, tratándose de una sociedad anónima, la existencia de una sociedad irregular "supone la formación de la sociedad anónima, en cualquier forma que sea; es decir, con o sin escritura pública ya que de lo contrario no se podría hablar de una 'sociedad' en el sentido que señalan el tercero y cuarto" párrafo del artículo 2 LGSM (FRISCH Philipp Walter, *Sociedad Anónima Mexicana*, Harla, tercera edición, México 1994, p. 108).

²⁴ En la manera como se regula el asunto, será menester indicar el nombre y la clase de sociedad de que se trate, con excepción, respecto de ésta última, de la *sociedad en nombre colectivo*, cuya razón social no requiere la indicación del tipo social (Cfr. BARRERA, *op. cit.* p. 306).

²⁵ BARRERA, *ib.*, p. 339.

²⁶ Tercer párrafo del artículo 2 LGSM.

²⁷ Según el primer párrafo del artículo 2 LGSM, las sociedades mercantiles inscritas en el Registro Público de Comercio, tienen personalidad jurídica distinta de la de los socios.

*mandatarios que realicen actos jurídicos por ella.*²⁸ (5) Los socios culpables de la irregularidad y los representantes o mandatarios de la *sociedad irregular* resultan responsables de los daños y perjuicios que se les causen a los socios *no-culpables*.²⁹

1.3. El carácter del joint venture.

En el *joint venture*, dos o más personas físicas o jurídicas se vinculan en una relación de sociedad que no adopta la forma de ninguno de los tipos societarios señalados. Inclusive, aún en el *joint venture* societario, el contrato de *joint venture* mismo es distinto al que crea la *sociedad-persona* que las partes emplean para cumplir el acuerdo.

Por ello, ni se le puede atribuir el carácter de alguno de los tipos societarios mercantiles, ni es posible considerarlo como una *sociedad mercantil irregular*. Se trata, consecuentemente, de una *sociedad mercantil sin personalidad jurídica*, que se diferencia de las demás sociedades, por la *definición de los medios que las partes utilizarán para el desarrollo de la actividad que acuerdan emprender en conjunto*, por lo que constituye la causa de otros contratos que vinculan a las mismas personas que son socios en el *joint venture*.

Las normas de las *sociedades irregulares* tendrían aplicación, en su caso, en un *joint venture* societario, pero respecto de la *sociedad-persona* y no en cuanto a la relación jurídica misma surgida del contrato de *joint venture*.

6.1.2. La regulación del joint venture en México.

Definido el carácter del *joint venture* como una *sociedad de naturaleza mercantil, desprovista de personalidad jurídica*, el asunto se centra entonces en determinar cuál sería la regulación de la figura en el Derecho mexicano. El análisis

²⁸ Sin perjuicio de la responsabilidad penal en que hubieren incurrido (artículo 2, quinto párrafo, LGSM).

²⁹ Artículo 2, último párrafo, LGSM.

habrá de diferenciar la relación de sociedad en sí misma, que se establece entre los socios, de la relación de éstos con terceros, en función del negocio común.

El enfoque propuesto variará cuando las partes acudan a una *sociedad-persona* como vehículo para ejecutar el *joint venture*, supuesto en el que podrían resultar aplicables las normas del tipo de sociedad por el que hubieren optado.

1.1. La relación entre los socios. De la regulación de las sociedades civiles y mercantiles, de éstas últimas, en especial, las de la *sociedad en nombre colectivo*, se pueden extraer principios comunes que pueden aplicarse a las relaciones entre los socios. Entre éstas es posible considerar:

a) Aportaciones. La contribución de las partes podrá consistir en bienes o servicios.³⁰ No es indispensable que la aportación se realice al celebrarse el contrato, sino que pueden efectuarse con posterioridad. Los *venturers* conservan en su patrimonio los bienes con los que contribuyen, que conforman una especie de comunidad de bienes o de un fondo común, sujetos a la realización del objetivo que han previsto. Los socios tendrán, en determinadas circunstancias, un *derecho personal sobre los bienes*.

b) Participación en las utilidades y en las pérdidas. Las partes tienen el derecho de participar en las utilidades y la obligación de contribuir en las pérdidas, en proporción a su aportación, tratándose de socios capitalistas.³¹

Al socio industrial le corresponderá la mitad de las ganancias, y si fueran varios, esa mitad se dividirá entre ellos por igual,³² a menos que su participación se hubiere estimado o se hubiere acordado alguna cuota por su participación.³³ El socio industrial no responderá por las pérdidas, salvo pacto en contrario.³⁴

³⁰ Artículo 2689 CCF y artículo 16 LGSM.

³¹ Artículo 2731 CCF y artículo 16, fracción I, LGSM.

³² Artículo 2732, fracciones III y IV, CCF y artículo 16, fracción II, LGSM.

³³ Artículo 2732, primer párrafo, CCF y artículo 16, primer párrafo, LGSM.

³⁴ Artículo 2735 CCF y artículo 16, fracción III, LGSM.

Será nulo el acuerdo en el que se estipule que los provechos sean sólo para algunos de los socios y todas las pérdidas para otros.³⁵

Recuérdese, sin embargo, que el concepto de sociedad civil en el Derecho mexicano abarca relaciones de sociedad en la que no exista la posibilidad de repartir utilidades o pérdidas.³⁶

c) Admisión de socios y cesión de derechos. La admisión de socios y la cesión de los derechos del socio requiere consentimiento unánime, salvo pacto en contrario.³⁷ Los socios gozarán del derecho del tanto.³⁸

d) Adopción de acuerdos. Los acuerdos se tomarán por mayoría, que se computará atendiendo al porcentaje que represente la participación de los socios. Cuando un solo socio tenga el mayor interés, se necesitará además el voto de otro.³⁹ Cuando sólo sean dos socios cuya participación sea igual, deben preverse mecanismos que evitan las situaciones de estancamiento en la toma de decisiones.

f) Rendición de cuentas. Los socios estarán obligados a rendir cuentas, con la periodicidad que pacten; en su defecto, cada semestre.⁴⁰

1.2. Las relaciones con terceros. Respecto de la relación frente a terceros, dos son los aspectos más importantes: *la gestión del negocio común* y *la responsabilidad de los socios*. En relación con la primera, la facultad de los socios de intervenir en la gestión deriva, en definitiva, de las normas de las sociedades

³⁵ Artículo 2696 CCF y artículo 17 LGSM.

³⁶ Véase nota al pie de página número 9.

³⁷ Artículo 2705 CCF y artículo 31 LGSM. También se aplica para la **sociedad en comandita simple (artículo 57 LGSM)**.

³⁸ Artículo 2706 CCF y artículo 33 LGSM. También se aplica para la **sociedad en comandita simple (artículo 57 LGSM)**.

³⁹ Artículo 46 LGSM.

⁴⁰ Artículos 2718 CCF y artículo 43 LGSM. Sería conveniente reducir el plazo. La rendición de cuentas no requiere petición previa. También se aplica para la **sociedad en comandita simple (artículo 57 LGSM)** y para la **sociedad de responsabilidad limitada (artículo 86 LGSM)**.

civil y mercantiles. No obstante, los efectos de la gestión en cuanto a los terceros, así como el régimen de responsabilidad de los socios, se regirán por las normas del mandato, de la comisión mercantil y de la gestión de negocios, además de las generales de las obligaciones.

g) Gestión común. Todos los socios tendrán la facultad de concurrir en la gestión del negocio,⁴¹ salvo que designaren gestor común.⁴² Esa facultad se ejercerá de manera indistinta, a menos que pacten hacerlo en conjunto.⁴³

h) El régimen de responsabilidad de los socios. En el *joint venture* todos los socios tienen la facultad de realizar la gestión del negocio común, lo que implica que celebren operaciones con terceros, dentro del objeto de la empresa conjunta. En consecuencia, cada socio será directamente responsable, con sus bienes, por las obligaciones que adquiera en razón de tales relaciones. No obstante, por virtud del contrato de sociedad, tendrá el deber (y el derecho) de *comunicar o transmitir* el resultado de las operaciones a los demás socios, en proporción a su participación, tal como acontecía en la *societas* del Derecho romano.⁴⁴ Cualquier limitación de responsabilidad acordada por los socios, sólo surtirá efectos entre ellos y se hará efectiva al *comunicarse* las consecuencias de los negocios.

⁴¹ Artículo 2719 CCF y artículo 40 LGSM. La disposición es aplicable para la **sociedad de responsabilidad limitada (artículo 74 LGSM)**.

⁴² Artículo 2709 CCF y artículo 36 LGSM. También se aplica para la **sociedad en comandita simple (artículo 57 LGSM)**.

⁴³ Artículos 2714, 2715 CCF.

⁴⁴ Cfr. FLORIS, *op. cit.*, p. 421. En el mismo sentido PETIT, *op. cit.*, p. 409.

6.2. LAS DISPOSICIONES SOCIETARIAS DEL *JOINT VENTURE*.

6.2.1. *Consideraciones preliminares.*

Tratándose del *joint venture* societario, algunos de los aspectos que suele contemplar se refieren a elementos que corresponden al contrato de sociedad, entre los que pueden mencionarse: el objeto social, la participación de las partes en el capital (de ser una sociedad capitalista), el quórum de presencia y de deliberación en las asambleas y en el órgano de administración, la forma como éste se conformará, los derechos de las minorías, etcétera. A tales puntos los identificaremos como *disposiciones societarias del joint venture*.

Esa clase de disposiciones coincide con los puntos de los que se ocupa un *acuerdo de socios*. Si se prefiere, el *acuerdo de socios* se encuentra, en ese caso, inmerso o fundido en el propio *joint venture agreement*, aún cuando puede quedar en instrumento separado, vinculado con aquél. No obstante que entre ambas figuras existen diferencias, nos referiremos a ellas de manera indistinta para el desarrollo del tema.

Por esa razón se ha dicho que el *joint venture* societario implica la celebración de *negocios parasociales*, entre los que se encuentran el *acuerdo de socios* y las *disposiciones societarias del joint venture*. Marzorati⁴⁵ estima que esta clase de *joint venture* es impensable sin la existencia de dichos acuerdos, dado que ellos mismos son su verdadera justificación. Al estudio de los *negocios parasociales* se dedica un espacio en la segunda parte de esta obra.

Es en su modalidad societaria en la que la concepción del *joint venture* presenta su mayor dificultad, especialmente referida a la eficacia de éste sobre la sociedad, debido al enfoque tradicional del contrato de sociedad y de la persona jurídica que de éste surge.

Sierralta resalta el hecho de que, en caso de controversia, en múltiples ocasiones se deja de lado el contrato de *joint venture* para considerar únicamente

⁴⁵ Cfr. MARZORATI, *op. cit.*, p. 82.

lo estipulado en el estatuto de la sociedad. Le atribuye lo anterior a la naturaleza imperativa de las normas que regulan las figuras societarias y al escaso valor que se le otorga a un documento privado, en el que comúnmente se formaliza el contrato en estudio, frente a un instrumento público en el que se constituye la sociedad.⁴⁶

En México, el artículo 28 del Código Civil Federal (CCF) dispone que "las personas morales se regirán por las leyes correspondientes, por su escritura constitutiva y por sus estatutos", lo que parece restringir su regulación a esos instrumentos, al omitir referir otra clase de negocios jurídicos.

La cuestión estriba ahora en determinar la naturaleza jurídica de las *disposiciones societarias* del *joint venture* societario o del *joint venture* mixto.

El análisis habrá de considerar los dos supuestos de *joint venture* societario, puesto que la solución que propugnamos tiene explicaciones diversas tratándose de uno u otro.

Las disposiciones societarias del *joint venture por sociedad a constituir* encuentran, normalmente, debida referencia en el estatuto de la sociedad, puesto que dichas disposiciones se pactan con antelación a la formación de la sociedad. De existir alguna discrepancia entre ambos instrumentos, habrá de prevalecer el estatuto sobre el *acuerdo*, dado que cabría considerar el contenido de éste, como modificación tácita de los términos de aquél.

El mismo argumento resulta aplicable al caso del *joint venture por sociedad constituida*, cuando el *acuerdo de socios* discrepa de la modificación estatutaria realizada con posterioridad a la celebración del referido *acuerdo*.

El problema se presenta (1) cuando se omite plasmar en el estatuto social, al constituirse la sociedad o al modificarse aquél, alguna disposición del contrato de *joint venture* y, (2) cuando lo previsto en el *joint venture agreement* se contrapone a lo establecido en el estatuto social en vigor, que debió modificarse en los términos de aquél, sin que dicha enmienda se efectuara.

⁴⁶ Cfr. SIERRALTA Ríos Anibal, *Joint Venture Internacional*, Depalma, primera edición, Buenos Aires 1996, p. 222.

La discrepancia que podría existir entre el *acuerdo de socios* y el estatuto es difícil resolver, dado que la solución que se proponga dependerá de la eficacia del señalado *acuerdo*. La hipótesis que intentaremos justificar será que, en los casos planteados, deberá prevalecer el *acuerdo* sobre el estatuto, en la medida en que el *acuerdo de socios* se celebre por la totalidad de ellos. Las disposiciones del *joint venture agreement* que se relacionan con la sociedad gozan del mismo carácter que el contrato de sociedad y, como consecuencia, forman parte del estatuto social. La señalada eficacia es, sin embargo, inoponible a terceros, a quienes el *joint venture* no podrá perjudicar, a menos que se inscriban en el Registro de Comercio o sean conocidas por los terceros, de alguna forma. Esas disposiciones producen consecuencias jurídicas, al menos, en el ámbito interno de la sociedad. Veamos:

6.2.2. Las relaciones internas en la sociedad.

La sociedad ha sido estudiada desde dos distintas perspectivas:⁴⁷ (1) En su aspecto interno, como contrato y, (2) en su aspecto externo, como persona jurídica. De ahí derivan las distintas relaciones jurídicas que tienen lugar por virtud de la *sociedad*: (a) Las vinculaciones internas que se producen entre ésta y cada uno de los socios, y entre los socios mismos,⁴⁸ y (b) los nexos externos generados entre la propia sociedad y los terceros, o entre estos con la sociedad y sus socios. La sociedad como *ente* surge del contrato social debido a que la norma jurídica reconoce,⁴⁹ como consecuencia de éste, la personalidad de aquella. Según Rodríguez, "la personalidad y el contrato son inseparables".⁵⁰

El vínculo entre la sociedad como contrato y como persona jurídica se aparta de la simple relación de dependencia de una al otro. "Una vez que la

⁴⁷ Un tercer ángulo desde el que Barrera Graf ha recomendado analizar la sociedad es "como entes en funcionamiento", que se refiere al ejercicio de una actividad económica (Cfr. BARRERA Graf Jorge, *Instituciones de Derecho Civil*, Porrúa, México 1989, p. 253).

⁴⁸ Barrera incluye dentro de las relaciones internas las de los órganos de administración y de vigilancia (Cfr. BARRERA, *op. cit.*, p. 257).

⁴⁹ Al respecto adoptamos la tesis de Ferrara.

⁵⁰ RODRÍGUEZ Rodríguez Joaquín, *Tratado de Sociedades Mercantiles*, tomo I, Porrúa, México 1981, p. 103.

sociedad, en cuanto ente, comienza a funcionar como tal, funcionamiento para el cual depende de la conformación de un contrato de sociedad, adquiere una existencia propia, que sólo parcialmente se ve influenciada por las vicisitudes jurídicas que afecten al contrato constitutivo y a su validez".⁵¹ La nulidad del vínculo que relaciona a uno de los socios con la sociedad no extingue el contrato social; la imposibilidad de cumplir la prestación por alguno de los socios sólo extingue los derechos y obligaciones que a éste corresponden, sin afectar el vínculo del resto de los socios; el incumplimiento de la obligación de aportar no autoriza a los demás socios a dejar de cumplir su prestación, por lo que es inadmisibles la *exceptio non adimpleti contractus*. En los dos primeros casos, la ineficacia de la relación del socio con la sociedad afectará a ésta en la hipótesis de que origine, a la vez, causa de disolución.⁵²

Se ha considerado que la forma como se integra la voluntad de la *persona jurídica* que surge con motivo del *contrato de sociedad* es mediante la *deliberación* de sus socios en la *asamblea general*, que es el *órgano supremo* de la sociedad.⁵³

La intervención de los socios en la conformación de dicha *voluntad social* se asegura con distintos instrumentos: Se concede a los socios el *derecho a participar* en la asamblea,⁵⁴ a ser *informados* de manera oportuna y suficiente sobre los temas que se abordarán,⁵⁵ de aplazar la deliberación cuando estimen que no están debidamente informados,⁵⁶ y de expresar su voluntad en la propia

⁵¹ CABANELLAS de las Cuevas Guillermo, *Derecho Societario. Parte General. La Personalidad Jurídica Societaria*, Heliasta, Sao Paulo 1994, pp. 25, 44.

⁵² Cfr. RODRÍGUEZ, *op. cit.*, tomo I, p. 22-23. Por ejemplo, que el capital social se reduzca por abajo del límite mínimo requerido o que el número de socios llegue a ser inferior al necesario.

⁵³ La *asamblea general* es la reunión de accionistas legalmente convocados y reunidos, para expresar la voluntad social en materias de su competencia (RODRÍGUEZ Rodríguez Joaquín, *Tratado de Sociedades Mercantiles*, tomo II, Porrúa, México 1981, p. 3). El artículo 178 de la Ley General de Sociedades Mercantiles dispone que "La asamblea de socios es el órgano supremo de la sociedad...".

⁵⁴ Artículos 178, 179, 183, 192, 200 de la Ley General de Sociedades Mercantiles (LGSM).

⁵⁵ Artículo 199 LGSM.

⁵⁶ Artículos 189, 190, 191 LGSM.

asamblea, a través del voto.⁵⁷ Incluso, los requisitos que se exigen para que los socios se reúnan y adopten resoluciones constituyen, en sí mismos, *garantías indirectas* de su participación, como sucede con el *quórum de asistencia y de votación*,⁵⁸ entre otros.

La deliberación se rige, en términos generales, por el *principio de mayoría*, conforme al cual, las decisiones deben adoptarse en la reunión de socios por el mayor número de votos. Cabanellas opina que "la regla de la mayoría, en contraposición a la de unanimidad se basa en el consentimiento que necesariamente existe de parte de los socios de someterse" a ese régimen,⁵⁹ para tomar acuerdos.

La reunión de socios constituye la única forma de imponer a la minoría la voluntad de la mayoría,⁶⁰ y de obligar a los ausentes y disidentes a someterse a los acuerdos que se tomen.⁶¹ Ahí reside la importancia de la asamblea: Permite la formación de la voluntad del *ente social*, cuando la opinión de los socios respecto de determinado asunto es divergente o, simplemente, se muestran desinteresados por la marcha de la sociedad, al no acudir a la reunión o abandonarla.

La regulación de las relaciones internas en la sociedad se atribuye,⁶² por tradición, a las disposiciones acordadas por los socios,⁶³ derivadas del contrato de sociedad, del estatuto y de los acuerdos de asamblea. De ellos surge la forma como habrán de desarrollarse tales relaciones, así como los derechos y obligaciones que les corresponde a los socios, con motivo de la sociedad. Sin embargo, no son esos actos jurídicos las únicas fuentes que norman las referidas relaciones.

⁵⁷ El derecho de voto se confiere a los socios para expresar en la asamblea general su voluntad, para que conjugada con las demás se integre la llamada voluntad colectiva (RODRÍGUEZ Rodríguez Joaquín, *Tratado de Sociedades Mercantiles*, tomo I, Porrúa, México 1981, p. 407).

⁵⁸ Cfr. RODRÍGUEZ, *op. cit.*, tomo I, p. 407.

⁵⁹ CABANELLAS, *op. cit.*, p. 19.

⁶⁰ Artículos 189, 190, 191 de la Ley General de Sociedades Mercantiles (LGSM).

⁶¹ Artículo 200 LGSM.

⁶² Desde luego, además de las normas legales que rigen la materia.

⁶³ También podría considerarse como fuente de esas relaciones, la sentencia que se dictara en una controversia surgida con motivo de la relación societaria.

Con frecuencia, las relaciones entre los socios se regulan mediante *acuerdos parasociales* que revisten carácter contractual,⁶⁴ entre los que se encuentran las disposiciones societarias del *joint venture agreement*. Dubois sostiene que esa clase de acuerdos guarda "un vínculo especial con la sociedad comercial, considerada ésta en su faz interna de contrato más que en su aspecto externo de sujeto, ubicados principalmente dentro de la trama de las relaciones intersubjetivas de los socios entre sí o respecto de terceros con vocación de serlo".⁶⁵

La circunstancia de que la sociedad sea una *persona* distinta de los socios no representa obstáculo para reconocer la eficacia de los acuerdos celebrados entre todos ellos, de manera unánime, en el ámbito de las relaciones internas y, por lo tanto, en la faceta contractual de la sociedad, puesto que es el interés de los socios, particularmente considerado, el que resulta afectado por la actividad de la sociedad. Lo dicho no desdeña la eficacia de los acuerdos celebrados sólo entre algunos de los socios, si bien con efectos sólo entre quienes los celebran, como se analiza en otra parte⁶⁶ de esta obra. Como lo afirma Barrera Graf:

No debe exagerarse el concepto y el principio de la personalidad jurídica, hasta el punto de prescindir de los socios cuando estos no asuman responsabilidad personal y propia, o minimizar su importancia: la personalidad sólo es un instrumento de los socios, un artificio técnico-jurídico que se basa y tiene su fundamento en el interés de ellos dentro de la sociedad; y son ellos, en definitiva, los afectados por la actividad social.⁶⁷

La personalidad jurídica atribuida a la sociedad es sólo una técnica a la que recurren los socios para limitar su responsabilidad y crear un centro de imputación de derechos y obligaciones. "La personalidad moral de las sociedades es un mero

⁶⁴ Cfr. BUTTY Enrique Manuel, *Sindicación de Acciones: Aspectos Generales y Particulares*, en *Negocios Parasocietarios*, FAVIER Dubois Eduardo Manuel, et. al., Ad Hoc, Buenos Aires 1994, p. 738.

⁶⁵ FAVIER Dubois Eduardo Manuel, et. al., *Negocios Parasocietarios* (Prologo), Ad Hoc, Buenos Aires 1994, p. 7.

⁶⁶ En el Capítulo IV del Título Segundo.

⁶⁷ BARRERA, op. cit., p. 259.

instrumento para velar y proteger el interés jurídico *—res quod interest—* de los socios, sin que sea admisible hablar de un interés propio *—institucional—* del ente".⁶⁸

Los acuerdos celebrados por la totalidad de los socios o de quienes serán socios en la misma sociedad, son instrumentos que les permite manifestar su voluntad respecto de las cuestiones sociales y, por lo tanto, para regular sus relaciones internas en la sociedad de que se trate, siempre que el acuerdo sea uniforme. La técnica de la reunión no es, por lo tanto, la única manera como los socios pueden expresar su voluntad, con trascendencia en la propia sociedad.

La sesión del *órgano deliberativo* sólo es relevante para adoptar decisiones sin que sea necesaria la conformidad de todos los socios; de otra forma, ante la diversidad de opiniones, siempre sería imposible decidir sobre los diversos aspectos derivados de la relación societaria. La asamblea es innecesaria cuando la voluntad de los socios se expresa, de manera uniforme, por todos ellos. Como lo señala Cabanellas, "las personas jurídicas o de existencia ideal se caracterizan porque, a diferencia de las personas de existencia visible, basan sus efectos y contenidos normativos en una realidad fáctica constituida por conductas de una pluralidad de individuos de existencia física".⁶⁹

El interés de la sociedad es consecuencia de los intereses individuales de los socios,⁷⁰ respecto de los cuales se encuentra en un plano superior, de tal manera que, sólo en caso de contraposición entre tales intereses, prevalece el de la sociedad. La conformación del órgano asambleario responde, entre otras cosas, a la necesidad de proteger los intereses individuales de los socios; en general, la estructura orgánica de la sociedad atiende directa o indirectamente a tales intereses.⁷¹

El acuerdo unánime alcanzado fuera de asamblea, se halle o no prevista esa posibilidad en el estatuto social, también permite preservar los intereses de los socios, por lo que tal acuerdo constituye otra forma como éstos pueden expresar su voluntad, con eficacia sobre la sociedad.

⁶⁸ BARRERA, *lb.*, p. 284.

⁶⁹ CABANELLAS, *op. cit.*, pp. 37-38.

⁷⁰ Cfr. CABANELLAS, *lb.*, p. 18.

⁷¹ Cfr. CABANELLAS, *lb.*, pp. 18, 19.

El segundo párrafo del artículo 178 de la Ley General de Sociedades Mercantiles (en adelante LGSM) establece que se podrá prever en el estatuto que...

Las resoluciones tomadas fuera de asamblea, por unanimidad de los accionistas que representen la totalidad de las acciones con derecho a voto o de la categoría especial de acciones de que se trate, en su caso, tendrán, para todos los efectos legales, la misma validez que si hubieren sido adoptadas reunidos en asamblea general o especial, respectivamente, siempre que se confirmen por escrito.

De conformidad con esa disposición, los acuerdos celebrados por los socios, de manera unánime, que consten por escrito, tendrán plena eficacia. Aún cuando la norma transcrita dispone que habrá de preverse esa clase de acuerdos en el estatuto, en el caso de que éste omita referirse a ellos, estimamos que los acuerdos realizados tendrán eficacia, de cualquier manera.

En realidad no existe diferencia de calidad entre un acuerdo de asamblea y un acuerdo de socios celebrado, desde luego, fuera de asamblea, ambos adoptados por unanimidad, respecto de la modificación del estatuto de la sociedad o de cualquier otro asunto. Las dos clases de acuerdos son válidos y eficaces entre los socios y entre éstos y la sociedad.

6.2.3. La eficacia de las disposiciones societarias del joint venture: validez y oponibilidad.

No obstante que la sociedad es una persona distinta de los socios, los acuerdos celebrados por ellos, de manera unánime, fuera de asamblea, vinculan a la propia sociedad, aún cuando no estén contemplados en el estatuto, puesto que las decisiones que en tales acuerdos se alcanzan, han sido tomadas por la totalidad de los socios, y se producen, indiscutiblemente, en el ámbito interno de las relaciones societarias, como ha quedado de manifiesto.

Y es que "la voluntad de la sociedad no es sino un resultado, jurídicamente delimitado, de las voluntades de los individuos" que participan en la sociedad.⁷² Es la voluntad de los socios la que determina el contenido de la relación societaria y la que crea, modifica o extingue deberes y derechos de los socios⁷³ y de la propia sociedad. La asamblea⁷⁴ sólo es un instrumento que permite garantizar a los socios la posibilidad de expresar su voluntad, por ser el límite temporal en que dicha voluntad habrá de manifestarse y en el que queda debida constancia de ello.

La voluntad del accionista es un fenómeno interno de difícil aprehensión y no puede decirse en qué momento se forma, sino en todo caso determinarse en cuál, como tope o límite temporal, tendrá derecho a expresarla para que produzca determinadas consecuencias o efectos jurídicos. Bajo esta óptica la importancia formal del acto asambleario reside en su condición de garantía de que él es, cuanto menos, dicho límite de expresión de voluntad, de la que el accionista no podrá ser validamente privado a través del ejercicio de su derecho de voto.⁷⁵

Por ello, no compartimos la afirmación de Cabanellas en el sentido de que "una vez que el contrato de sociedad se perfecciona y nace de él una persona jurídica, el conjunto de normas básicas que rige la sociedad —el contrato de sociedad— no se modifica ya por vía de actos contractuales, sino mediante actos de órgano de sociedad",⁷⁶ puesto que esa afirmación sólo cobra relevancia de resultar imposible obtener la manifestación de voluntad de los socios, por unanimidad, respecto de ese punto, de otra manera. El acuerdo unánime de

⁷² CABANELLAS, *ib.*, p. 18.

⁷³ Siempre que se trate de derechos disponibles.

⁷⁴ Según Rodríguez, "los acuerdos de la asamblea implican una sola declaración de voluntad de sentido unitario, pero, al mismo tiempo, esta declaración de voluntad, que es una hacia afuera, en un sentido emana de varias voluntades de contenido igual que tienden al mismo fin, se funden en sí de modo que constituyen una voluntad común, que tiene carácter de unidad, diversa de las voluntades que la forman y de una suma de estas voluntades" (RODRÍGUEZ, *op. cit.*, tomo II, p. 23).

⁷⁵ ROSSI Hugo Enrique, *Oponibilidad y Cumplimiento en los Contratos de Sindicación de Acciones*, en *Negocios Parasocietarios*, FAVIER Dubois Eduardo Manuel, *et. al.*, Ad Hoc, Buenos Aires 1994, p. 40.

⁷⁶ CABANELLAS, *op. cit.*, p. 15.

socios también conforma la voluntad de la sociedad, aún cuando no se haya expresado en asamblea.

Por otra parte, ninguno de los acuerdos que se analizan producirán consecuencias adversas en contra de terceros, aún cuando se trate de los alcanzados en asamblea, de mantenerse reservados, sin formalizarse en instrumento público cuando se requiera, y, en especial, sin exteriorizarse por medio de su inscripción en el Registro de Comercio.

Como puede apreciarse, el problema es, entonces, de oponibilidad y no de validez, "carácter dual que presenta la cuestión"⁷⁷ atinente a los negocios parasociales. Una cosa es que el acuerdo sea válido entre los socios y entre la sociedad y sus socios, y otra, que la eficacia de tales acuerdos alcance a los terceros, por inoponible, de donde deriva la necesidad de distinguir entre validez y oponibilidad.

La amplitud de los efectos del contrato de sociedad permite la celebración de actos jurídicos que se refieren a los mismos aspectos que el negocio social.⁷⁸ Las consecuencias de derecho que éstos generan se limitan, en principio, a la relación entre los socios que los realizan, especialmente tratándose de acuerdos celebrados sólo por algunos socios y no por la totalidad de ellos.

Cuando tales actos se celebran por todos los socios, en los que su voluntad es coincidente, producirán efectos también entre los socios y la sociedad. En este caso, serán oponibles frente a terceros, de otorgárseles publicidad registral.

Como lo sostiene Cabanellas: "No hay motivos para aplicar a los contratos parasociales limitaciones más severas que las que pesan sobre cualquier otro contrato que no reúna los requisitos exigidos para modificar formalmente al contrato social".⁷⁹ Tales limitaciones se concretan, básicamente, a la inoponibilidad de los negocios parasociales frente a terceros, en lo que les perjudique.

Las modificaciones estatutarias no-inscritas no son nulas; y pueden ser ejecutadas (si bien no-inscritas) las respectivas deliberaciones, en las relaciones

⁷⁷ BUTTY, *op. cit.*, p. 23.

⁷⁸ CABANELLAS, *op. cit.*, p. 503.

⁷⁹ CABANELLAS, *ib.*, pp. 740, 743.

internas, o sea, con efecto para los socios (aún disidentes y ausentes) y para la sociedad... si bien las mismas no pueden ser opuestas a los terceros desconocedores.⁸⁰

Al expresarse de manera unánime la voluntad de los socios, la deliberación y el voto dejan de ser indispensables, por lo que la importancia de la asamblea como órgano colegiado se minimiza y el principio deliberativo deja de tener vigencia absoluta, como lo afirma Butty.⁸¹ La asamblea no es, por lo tanto, el único instrumento de expresión de voluntad de los socios, con efectos en la sociedad, puesto que el acuerdo de todos los socios también tendrá ese carácter instrumental.

El acuerdo de socios se diferencia de la decisión asamblearia en que su adopción no requiere la reunión de los socios; no está sujeto a los principios que deben observarse para las resoluciones de asamblea y deben ser por unanimidad, para que vinculen a todos los socios y a la sociedad misma. En ellos, la voluntad de los socios no se manifiesta mediante el voto, sin embargo se expresa, que es lo que importa.

Siempre que la materia de tales acuerdos abarque aspectos de la relación de sociedad, habrán de considerarse celebrados *en el seno de la relación* misma, tal como ocurre con las determinaciones de asamblea.

La sociedad queda vinculada por el acuerdo unánime de socios no porque derive de un órgano de la sociedad, como acontece con las decisiones de asamblea, sino porque se trata, precisamente, de la expresión de voluntad de quienes la conforman, afirmación que también cabe atribuir a las resoluciones asamblearias, cuya eficacia reside en esa misma razón, si bien se exige la observancia de requisitos y principios diferentes.

Nada obsta, pues, para que el acuerdo de los socios se considere plenamente eficaz entre ellos y la propia sociedad, en la medida en que ese acuerdo se celebre por unanimidad.

⁸⁰ MESSINEO Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Tomo V, Ediciones Jurídicas Europa – América, Buenos Aires 1979, p. 510.

⁸¹ Cfr. BUTTY, *op. cit.*, p. 23.

6.2.4. Las consecuencias jurídicas de las disposiciones societarias del *joint venture*.

Ahora bien. Por lo general, las partes convienen en el *joint venture* que constituirán una determinada sociedad o, en su caso, que participarán en una sociedad existente, en la que, por lo menos, alguno de los *venturers* aún no es socio. En ese contrato se pacta, entre otras cosas, que la relación entre quienes lo celebran, para efectos de la señalada sociedad, se regirá por las disposiciones que al respecto precisan.

Como se advierte, tales disposiciones cobran existencia con anterioridad a la vinculación de las partes en la sociedad en la que se apoyarán. Sus efectos serán distintos según se trate del *joint venture por sociedad a constituir* o del *joint venture por sociedad constituida*.

En ambas modalidades del *joint venture*, las disposiciones societarias que éste contempla se reproducen, por lo común, en el estatuto social, supuesto en el que, al ser coincidentes las citadas disposiciones, los problemas derivados de una eventual discrepancia estarán ausentes.

No obstante, puede suceder que al constituirse la sociedad, o bien, al modificarse el estatuto en un *joint venture* por sociedad constituida, (1) se contemple de manera divergente en el propio estatuto, determinada disposición del *acuerdo de socios*, o (2) se omita considerar en aquél, algún aspecto previsto en el señalado acuerdo.

En el primer caso, es posible estimar que el estatuto prevalecerá sobre el acuerdo por cuanto implica, en definitiva, modificación de lo previsto en éste. Supongamos que en el *acuerdo de socios* se establece una proporción de las tres cuartas partes del capital social para considerar debidamente reunida, en primera convocatoria, una asamblea extraordinaria; sin embargo, al constituirse la sociedad, el quórum de presencia para esa clase de asambleas se fija en las dos

terceras partes. En esta hipótesis habrá de estimarse modificada la disposición prevista en el acuerdo de socios.

En el segundo supuesto, las disposiciones convencionales que se hubieren omitido en el estatuto de la sociedad, que se complementen con éste, habrán de considerarse, sin lugar a duda, integrantes del contrato de sociedad y, como consecuencia, regularán las relaciones entre los socios. Un ejemplo permitirá clarificar la cuestión:

En un acuerdo de socios se pacta que cualquier incremento en el capital social de la sociedad que se constituirá habrá de ser acordado por socios que representen las tres cuartas partes del referido capital. Al constituirse la sociedad se omite mencionar, de manera específica, el porcentaje de votación requerido para aumentar el capital social y sólo se establece, en el estatuto, que las decisiones en asamblea extraordinaria se tomarán por las dos terceras partes del capital. La disposición del acuerdo de socios será considerada complementaria del estatuto social y, como consecuencia, habrá de observarse.

En esa misma segunda hipótesis, tratándose en especial del *joint venture* por sociedad constituida, cuando se omite modificar el estatuto social para adecuarlo al acuerdo de socios, respecto del cual aquél es antagónico, las disposiciones del acuerdo en cuestión prevalecerán sobre las normas estatutarias, mismas que se entenderán modificadas, con efectos entre los socios y entre éstos y la sociedad.

Imaginemos que el estatuto de la sociedad dispone que para aumentar el capital social se requiere el voto favorable de los socios que representen las dos terceras partes de capital, pero al celebrarse el *joint venture*, las disposiciones societarias de éste prevén, para el mismo asunto, un quórum de deliberación de las tres cuartas partes del capital. El estatuto habrá de considerarse modificado en esos términos, a menos que la modificación estatutaria contemple el punto de manera distinta a la acordada, caso en el que se aplicará la solución sugerida para el primer supuesto propuesto.

En las dos hipótesis planteadas en el segundo caso que se analiza, de acordarse por la asamblea el incremento en el capital de la sociedad por un

número de socios que detente una proporción del referido capital, inferior al previsto en el acuerdo de socios, permitirá reclamar la nulidad de la decisión de la asamblea, considerando precisamente lo previsto en ese acuerdo. La pretensión no podrá alcanzar, sin embargo, a los terceros que hubieren suscrito y pagado las acciones representativas del aumento de capital, dado que lo previsto en el acuerdo en cuestión no les perjudicará.

La demanda que se plantee podría inscribirse en el Registro de Comercio, para que las consecuencias de la sentencia alcancen a terceros, de no haberse todavía suscrito y pagado el capital, caso en el que, de declararse la nulidad, los efectos de dicha ineficacia les afectará.

También tendrán expedito el derecho de oponerse a la ejecución de los acuerdos de asamblea adoptados en contravención a las disposiciones societarias del *joint venture*, en los supuestos en que proceda.

Estimamos que tales disposiciones les serán opuestas a terceros, si éstos llegaran a conocer su contenido con anterioridad a la realización del acto que estuviere gobernado por ellas.

En el *joint venture por sociedad a constituir*, la circunstancia de que alguna de las partes no celebre el contrato de sociedad implicará incumplimiento del contrato y, como consecuencia, quedará obligado a indemnizar los daños ocasionados.

Un acuerdo de asamblea, debidamente adoptado, podrá modificar, en principio, el acuerdo de socios, a menos que se limite dicha posibilidad a la satisfacción de ciertos requisitos, tales como porcentajes de asistencia y de votación calificados.

Para el supuesto en que nuevos socios participen en la sociedad, será menester exigir que estos se adhieran al acuerdo de socios, para que éste produzca efectos en su contra.

6.2.5. El carácter de las disposiciones societarias del *joint venture*.

Las disposiciones societarias del *joint venture* son normas que acuerdan quienes serán parte en una sociedad, que regirá sus relaciones en la propia sociedad, cuya eficacia queda sujeta a que efectivamente se dé esa participación conjunta en la sociedad. Recuérdese que el tema se relaciona con el *joint venture* societario.

Tales normas entran en vigor, por lo tanto, una vez que la sociedad se constituye, tratándose del *joint venture por sociedad a constituer*, o bien, cuando se materialice la participación de las partes en una sociedad ya existente y en operación, si del *joint venture por sociedad constituida* se trata. Ambos eventos fungen, en uno y otro caso, como especie de *condición suspensiva*.

El *acuerdo de socios* contenido en el *joint venture*, celebrado por todos los potenciales socios de la misma sociedad que se empleará como medio para su ejecución, son parte del propio contrato de sociedad y del estatuto, puesto que se refieren a las relaciones de los socios en la sociedad y a la organización y funcionamiento de ésta.

BIBLIOGRAFIA

Adame Goddard Jorge, **CONTRATOS INTERNACIONALES EN AMÉRICA DEL NORTE. REGIMEN JURÍDICO**, Mc Graw Hill, México 1999.

Alterini Atilio Aníbal, **CONTRATOS CIVILES – COMERCIALES – DE CONSUMO**, Abeledo – Perrot, primera edición, Buenos Aires 1998.

Aguilar Alvarez de Alba Javier B., **LA LIBRE COMPETENCIA**, Oxford, primera edición, México 2000.

Aramouni Alberto, **PRÁCTICA DEL DERECHO SOCIETARIO**, Astrea, Buenos Aires 1996.

Arce Gargollo Javier, **CONTRATOS MERCANTILES ATÍPICOS**, Porrúa, segunda edición, México 1996.

Arce Gargollo Javier, **CONTRATOS MERCANTILES ASOCIATIVOS**, Revista de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho.

Astolfi Andrea, **JOINT VENTURE INTERNACIONAL**, separata de la Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones número 83 (octubre de 1981), Depalma, Buenos Aires 1986.

Baptista Luiz Olavo y Pascal Durand – Barthez, **LES ASSOCIATIONS D'ENTREPRISES (Joint Ventures) DANS LE COMMERCE INTERNATIONAL**, Forum Européen de la Communication, segunda edición, París 1991.

Barbieri Pablo C., **CONTRATOS DE EMPRESA**, Universidad, Buenos Aires 1998.

Barrera Graf Jorge, **INSTITUCIONES DE DERECHO MERCANTIL**, Porrúa, primera edición, México 1989.

Bean Gerard M.D., **FIDUCIARY OBLIGATIONS AND JOINT VENTURES, The Collaborative Fiduciary Relationship**, Oxford University Press, primera edición, New York 1995.

BenDaniel David J. y Arthur H. Rosenbloom, **INTERNATIONAL M&A, JOINT VENTURES & Beyond. Doing the Deal**, John Wiley & Sons, primera edición, USA 1998.

Black Henry Campbell, **BLACK'S LAW DICTIONARY with pronunciations**, West Publishing, sexta edición, St. Paul, Minn. 1990.

Boggiano Antonio, **SOCIEDADES Y GRUPOS MULTINACIONALES**, Depalma, primera edición, Buenos Aires 1985.

Brodley, **JOINT VENTURE AND ANTITRUST POLICY**, Harvard Law Review, volumen 95.

Cabanellas de las Cuevas Guillermo, **INTRODUCCIÓN AL DERECHO SOCIETARIO**, Heliasta, Sao Paulo 1993.

Cabanellas de las Cuevas Guillermo, **DERECHO SOCIETARIO. PARTE GENERAL. LA PERSONALIDAD JURÍDICA SOCIETARIA**, Heliasta, Sao Paulo 1994.

Cabanellas de las Cuevas Guillermo, **DERECHO ANTIMONOPÓLICO Y DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA**, Heliasta, primera edición, Buenos Aires 1983.

Casna Richard P. y John E. McDermott Jr, **INTERNATIONAL JOINT VENTURES, The Legal and Tax Issues**, Eurostudy Publishing Company, primera edición, London 1991.

Chuliá Vicent Eduardo y Teresa Beltrán Alandete, **ASPECTOS JURÍDICOS DE LOS CONTRATOS ATÍPICOS**, tomo I, Bosch, cuarta edición, Barcelona 1999.

Cleri Carlos A. R., **ESTRATÉGIAS DE ALIANZAS**, Macchi, Buenos Aires 1996.

Colaiacono Juan Luis, Rubén Daniel Abaro, Marilda Rosado de Sarribeiro, Hernán Narvona Velis, **JOINT VENTURE Y OTRAS FORMAS DE COOPERACIÓN EMPRESARIA INTERNACIONAL**, Macchi, primera edición, Buenos Aires 1992.

CONTRATACIÓN INTERNACIONAL. Comentarios a los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del UNIDROIT, Universidad Nacional Autónoma de México – Universidad Panamericana, México 1998.

Cossette Pierre, **LES GROUPEMENTS MOMENTANES D'ENTREPRISES (Joint Ventures): NATURE JURIDIQUE EN DROIT CIVIL ET EN COMMON LAW**, These de Maîtrise, Institut de Droit Compare, Faculte de Droit, Universite McGill, Montreal 1984.

Church Edgar M., **BUSINESS ASSOCIATIONS UNDER FRENCH LAW**, Sweet & Maxwell, primera edición, London 1960.

Dawson Garry Wayne, **SHAREHOLDERS AGREEMENTS. An Annotated Guide**, Canada Law Book, Canadá 1997.

De la Rosa Fernando Esteban, **LA JOINT VENTURE EN EL COMERCIO INTERNACIONAL**, Comares, Granada 1999.

Dessemontet François, **LOS ACUERDOS DE CONFIDENCIALIDAD**, Revista de Derecho Industrial. Transferencia de Tecnología, número 37, enero – abril 1991, Depalma, Buenos Aires.

Díez Picazo Luis, **FUNDAMENTOS DE DERECHO CIVIL PATRIMONIAL**, Tecnos, segunda edición, Madrid 1983.

Dobkin James A., **INTERNATIONAL TECHNOLOGY JOINT VENTURES IN THE COUNTRIES OF THE PACIFIC RIM**, Butterworth Legal Publishers, primera edición, USA 1988.

Dobson Juan M, **EL ABUSO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA (en el Derecho Privado)**, Depalma, segunda edición, Buenos Aires 1991.

Duane Hall R., **THE INTERNATIONAL JOINT VENTURE**, Praeger Publishers, primera edición, New York 1984.

Dubois Eduardo M. Favier, **NEGOCIOS PARASOCIETARIOS**, Ad Hoc, primera edición, Buenos Aires 1994.

Enciclopedia Jurídica OMEBA, Tomo I, Driskill, Buenos Aires 1986.

Etcheverry Raúl Aníbal, **DERECHO COMERCIAL Y ECONÓMICO. CONTRATOS. PARTE ESPECIAL**, Volumen 1, Astrea, Buenos Aires 1991.

Etcheverry Raúl Aníbal, **DERECHO COMERCIAL Y ECONÓMICO, Formas Jurídicas de la Organización de la Empresa**, Astrea, primera reimpresión, Buenos Aires 1995.

Etcheverry Raúl Aníbal, **AGRUPAMIENTO DE SOCIEDADES Y EMPRESAS**, Enciclopedia Jurídica OMEBA, apéndice tomo VI, Driskill, Buenos Aires 1992.

Farina Juan M., **CONTRATOS COMERCIALES MODERNOS**, Astrea, primera reimpresión, Buenos Aires 1994.

Favier Dubois Eduardo Manuel, *et. al.*, **NEGOCIOS PARASOCIETARIOS**, Ad Hoc, Buenos Aires 1994.

Fitzpatrick Peter B, **TRANSNATIONAL JOINT VENTURES**, volúmenes 1, 2 y 3, Business Laws, Ohio 1996.

Forry John I. y Mark R. Joelson, **JOINT VENTURES IN THE UNITED STATES**, Butterworth & Co (Publishers), primera edición, London 1988.

Friedmann Wolfgang G. y Jean-Pierre Béguin, **JOINT INTERNATIONAL BUSINESS VENTURES IN DEVELOPING COUNTRIES, Case Studies and**

Analysis of Recent Trends, Columbia University Press, primera edición, New York and London 1971.

Friedmann Wolfgang G. y George Kalmanoff, **JOINT INTERNATIONAL BUSINESS VENTURES**, Columbia University Press, primera edición, New York and London 1961.

Fusaro Bertelio, **CONTRATOS DE COLABORACIÓN EMPRESARIA**, Depalma, primera edición, Buenos Aires 1987.

Garrigues Joaquín, **CURSO DE DERECHO MERCANTIL**, tomo I, Porrúa, séptima edición, México 1987.

Garrone José Alberto y Mario E. Castro Zammartino, **MANUAL DE DERECHO COMERCIAL**, Abeledo-Perrot, segunda edición, Buenos Aires 1996.

Ghersi Carlos Alberto, **CONTRATOS CIVILES Y COMERCIALES, PARTES GENERAL Y ESPECIAL**, Tomo II, Astrea, segunda edición, Buenos Aires 1992.

Ginebra Xavier, **ASPECTOS JURÍDICOS ESENCIALES DE LAS ALIANZAS ESTRATÉGICAS O JOINT VENTURES**, Revista de Derecho Privado del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Número 23, Mayo - Agosto 1997, Mc Graw Hill, México 1997.

Ginebra Xavier, **ALIANZAS ESTRATÉGICAS O JOINT VENTURES**, Themis, primera edición, México 2000.

Goldstein Mateo, **CONTRATO DE COLABORACIÓN (O COOPERACIÓN)**, Enciclopedia Jurídica OMEBA, tomo IV, Driskill, Buenos Aires 1979.

Goldsweig David N., **JOINT VENTURING ABROAD: A CASE STUDY**, American Bar Association, primera edición, USA 1985.

Gómez Calero Juan, **LAS AGRUPACIONES DE INTERÉS ECONÓMICO**, Bosch, primera edición, Barcelona 1993.

Gómez Soto Denis y María Teresa Collada Ramírez, **AVENTURAS CONJUNTAS (JOINT VENTURE) NUEVAS FORMAS DE ASOCIACIÓN EN NEGOCIOS NACIONALES E INTERNACIONALES**, Instituto Mexicano de Contadores Públicos, segunda edición, México 1994.

Guardiola Sacarrera Enríque, **CONTRATOS DE COLABORACIÓN EN EL COMERCIO INTERNACIONAL**, Bosch, primera edición, Barcelona 1998.

Guyenot Jean-Pierre, **LOS GRUPOS DE INTERÉS ECONÓMICO**, Ediciones Jurídicas Europa - América, Buenos Aires 1973.

Harrigan Kathryn Rudie, **MANAGING FOR JOINT VENTURE SUCCESS**, Lexington Books, D.C. Heath and Company, primera edición, Massachusetts 1986.

Harroch Richard D, **PARTNERSHIP & JOINT VENTURE AGREEMENTS**, volúmenes 1 y 2, Law Journal Press, octava edición, New York 1999.

Harvey S. James Jr. y Weidenbaun Murray, **WHEN BUSINESSES CROSS INTERNATIONAL BORDERS, Statagic Alliances and Their Alternatives**, Praegers Publishers, primera edición, USA 1993.

Herzfeld Edgar, **JOINT VENTURES**, Jordan & Sons, segunda edición, Great Britain 1989.

Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado Editor, **PRINCIPIOS SOBRE LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES**, Roma 1995.

International Financial Law Review, **JOINT VENTURES, The Legal Guide to International Joint Ventures**, Euromoney Publications, primera edición, 1993.

Jalife Daher Mauricio, **COMENTARIOS A LA LEY DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL**, Mc Graw Hill, México 1998.

Killing J. Peter, **STRATEGIES FOR JOINT VENTURE SUCCESS**, Praeger Publishers, primera edición, USA 1983.

Kleinberger Daniel S, **AGENCY AND PARTNERSHIP**, Aspen Publishers, cuarta edición, United States of America 1995.

Kuiper Willem G., **(EAST – WEST) JOINT VENTURES: A Special Phenomenon in International Tax Law ?**, International Bureau of Fiscal Documentation, primera edición, Amsterdam 1988.

Lacasse Nicole y Louis Perret, **JOINT VENTURING ABROAD**, Wilson & Lafleur Ltée, primera edición, Montreal 1989.

Le Pera Sergio, **JOINT VENTURE Y SOCIEDAD**, Astrea, segunda reimpresión, Buenos Aires 1992.

Lewis Jordan B, **ALIANZAS ESTRATÉGICAS**, Vergara, Buenos Aires 1993.

López Cabana Roberto M, **CONTRATOS ESPECIALES EN EL SIGLO XXI**, Abeledo – Perrot, Buenos Aires 1999.

López Velarde Rogelio, **EL SOMETIMIENTO AL DERECHO EXTRANJERO POR MEDIO DE LA CLÁUSULA DE DERECHO APLICABLE**, en Jurídica – Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, número 23, año 1994.

Mantilla Molina Roberto, **DERECHO MERCANTIL**, Porrúa, vigésimo sexta edición, México 1989.

Margadant Guillermo Floris, **DERECHO ROMANO**, Esfinge, séptima edición, México 1977.

Martorell Ernesto Eduardo, **LOS CONTRATOS DE DOMINACIÓN EMPRESARIA Y LA SOLIDARIDAD LABORAL**, Ediciones Depalma, Primera Edición, Buenos Aires 1996.

Martorell Ernesto Eduardo, **TRATADO DE LOS CONTRATOS DE EMPRESA**, Tomo III, Depalma, primera edición, Buenos Aires 1997.

Marzorati Osvaldo J., **SISTEMAS DE DISTRIBUCIÓN COMERCIAL**, Astrea, segunda edición, Buenos Aires 1995.

Marzorati Osvaldo J., **ALIANZAS ESTRATÉGICAS Y JOINT VENTURE**, Astrea, primera edición, Buenos Aires 1996.

Marzorati Osvaldo J., **DERECHO DE LOS NEGOCIOS INTERNACIONALES**, Astrea, segunda edición, Buenos Aires 1997.

Meirovich de Aguinis Ana María, **CONTROL DE SOCIEDADES**, Abeledo-Perrot, primera edición, Buenos Aires 1996.

Meirovich de Aguinis Ana María, **EMPRESAS E INVERSIONES EN EL MERCOSUR**, Abeledo-Perrot, primera edición, Buenos Aires 1993.

Messineo Francesco, **MANUAL DE DERECHO CIVIL Y COMERCIAL**, tomo IV, Ediciones Jurídicas Europa – América, Buenos Aires 1979.

Miranda Delgado María Elena, **EL CONTRATO DE JOINT VENTURE Y LA CONVENIENCIA DE SU REGULACIÓN EN EL DERECHO MEXICANO**, Tesis Profesional, Universidad Panamericana sede Guadalajara, noviembre 25, 1993.

Miquel Rodríguez Jorge, **LA SOCIEDAD CONJUNTA (JOINT VENTURE CORPORATION)**, Civitas, Madrid 1998, p. 142.

Mosset Iturraspe Jorge, **CONTRATOS DE COLABORACIÓN EMPRESARIA**, Revista de Derecho Privado y Comunitario. Contratos Modernos, Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires 1997.

Omerovic Rendic Ana María, **LA TRANSFERENCIA DE TECNOLOGÍA**, Conosur, Santiago 1999.

Orsini Basil V., **JOINT VENTURES – Conciliation and Arbitration Clauses and Some Items to Consider (Canada and International)**, 1982.

Pereznieto Castro Leonel, **DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO**, Oxford, Séptima Edición, México 1999.

Pereznieto Castro Leonel y Jorge Alberto Silva Silva, **DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, PARTE ESPECIAL**, Oxford, México 2000.

Pereznieto Castro Leonel y Renato Roberto Guerrero Serrau, **DERECHO DE LA COMPETENCIA ECONÓMICA**, Oxford, México 2002.

Petit Eugene, **DERECHO ROMANO**, Porrúa, décima tercera edición, México 1997,

Pitofsky Robert, **JOINT VENTURES UNDER ANTITRUST LAWS: Some Reflections on the Significance of Penn-Olin**, Harvard Law Review, vol. 82, pp. 1007-1063.

Porter Lynch Robert, **GUÍA DE LAS ALIANZAS EN LOS NEGOCIOS**, Compañía Editorial Continental, primera edición, México 1995.

Ralph H. Folsom y Michael W. Gordon, **INTERNATIONAL BUSINESS TRANSACTIONS**, West Publishing, United States of America 1995.

Richard Efrain Hugo y Orlando Manuel Muíño, **DERECHO SOCIETARIO**, Astrea, segunda reimpresión, Buenos Aires 1999.

Rodríguez Jorge Miquel, **LA SOCIEDAD CONJUNTA (Joint Venture Corporation)**, Civitas, primera edición, Madrid 1998.

Rodríguez Rodríguez Joaquín, **TRATADO DE SOCIEDADES MERCANTILES**, tomos I y II, Porrúa, sexta edición, México 1981.

Roitman Horacio, **JOINT VENTURES**, Revista de Derecho Privado y Comunitario. Contratos Modernos, Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires 1997.

Romero Hullmann Roberto, **ESTRUCTURAS EMPRESARIAS PARA EL COMERCIO INTERNACIONAL**, Depalma, segunda edición, Buenos Aires 1989.

Sandoval López Ricardo, **TRATADO DE DERECHO COMERCIAL. NUEVAS OPERACIONES MERCANTILES**, Editorial Jurídica ConoSur, segunda edición, Santiago de Chile 1992.

Sánchez Meda José Ramón, **LA RESOLUCIÓN DE LOS CONTRATOS POR INCUMPLIMIENTO**, Porrúa, tercera edición, México 1984.

Seligan Joel, **CORPORATIONS. Cases and Materials**, Little, Brown and Company, segunda impresión, United States of America 1995.

Sierralta Ríos Aníbal, **JOINT VENTURE INTERNATIONAL**, Depalma, primera edición, Buenos Aires 1996.

Stiglitz Rubén S. y Gabriel A. Stiglitz, **CONTRATOS. Teoría General**, volúmenes 1 y 2, Depalma, primera reimpresión, Buenos Aires 1994.

Valpuesta Fernández Ma. R., **DERECHO DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS, TIRANT LO BLANCH**, segunda edición, Valencia 1995.

Vargas Gómez-Urrutia Marina, **CONTRATACIÓN INTERNACIONAL EN EL SISTEMA INTERAMERICANO**, Oxford, primera edición, México 2000.

Vázquez Del Mercado Oscar, **ASAMBLEAS, FUSIÓN Y LIQUIDACIÓN DE SOCIEDADES MERCANTILES**, Porrúa, México 1992.

Vázquez del Mercado Oscar, **CONTRATOS MERCANTILES**, Porrúa, México 1996.

Vázquez Pando Fernando Alejandro, **NUEVO DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO**, Themis, segunda edición, México 2000.

Velásquez Cabello Francisco Javier, **EL CONTRATO DE JOINT VENTURE**, Editorial Jurídica ConoSur, primera reimpresión, Santiago 1999.

Vélaz Negueruela José Luis, **LAS REDES COMERCIALES**, Aranzadi, Pamplona 1999.

Verón Alberto Víctor, **NUEVA EMPRESA Y DERECHO SOCIETARIO**, Astrea, primera edición, Buenos Aires 1996.

Wolf Ronald Charles, **A GUIDE TO INTERNATIONAL JOINT VENTURE with Sample Clauses**, Klumer Law, segunda edición, London – Cambridge 1999.

Zaldivar Enrique, Rafael M. Manovil y Guillermo E. Ragazzi, **CONTRATOS DE COLABORACIÓN EMPRESARIA**, Abeledo - Perrot, segunda edición, Buenos Aires 1993.

Zannoni Eduardo A., **CONTRATO ASOCIATIVO Y SOCIEDAD**, Revista de Derecho Privado y Comunitario. Contratos Modernos, Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires 1997.

