

EL CONTRATO DE JOINT VENTURE EN EL ESCENARIO DEL COMERCIO GLOBAL

Norka López Zamarripa

SUMARIO: 1. Introducción 2. El contrato de Joint venture en el escenario internacional. 3. El contrato del Joint venture internacional. 4. El Joint venture como contrato en el derecho mexicano. 5. La relación de los contratos civiles y los contratos mercantiles. 6. El contrato del Joint venture en el régimen de la competencia económica. 7. El Joint venture en el derecho de la competencia en México. 8. Medios alternativos de solución de controversias en el contrato de Joint venture internacional.

1. INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas, el clásico catálogo de las figuras contractuales se ha vuelto insuficiente para comprender la compleja dinámica del tráfico jurídico internacional. La llamada globalización ha implicado, una intensificación de los intercambios mundiales de bienes y servicios, que no existe economía cerrada que pueda resistir su influencia.

Para el derecho privado, la globalización ha significado, una presión por dinamizar sus conceptos y normas, a los efectos de

acoger nuevas modalidades de relaciones surgidas a partir de la práctica mercantil internacional. De esta forma, los contratos mercantiles denominados “modernos” se han venido configurando a través de su uso y han penetrado progresivamente en sistemas jurídicos para los que eran desconocidos, así, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad en materia contractual, hoy están siendo admitidos, aunque con variaciones y matices, en casi todos los países.

Uno de los mejores ejemplos sin duda, es la figura del Joint venture, de origen en la familia del derecho anglosajón, este contrato ha ido internacionalizándose mediante su uso en la actividad transfronteriza de las empresas multinacionales, que lo han considerado como un mecanismo eficaz para compartir riesgos con las contrapartes extranjeras o locales, en sus mega-proyectos de inversión a través del mundo.

Sin embargo, hoy en día el contrato de Joint venture ha escapado de la esfera de las grandes empresas transnacionales, para convertirse en un instrumento al servicio de micro, pequeñas y medianas empresas en su deseo por ganar nuevos mercados, mejorar su eficiencia, o

EL CONTRATO DE JOINT VENTURE EN EL ESCENARIO DEL COMERCIO GLOBAL

Norka López Zamarripa

incorporar tecnología de punta, todo ello a través del principio básico de la colaboración.

Con base en los datos del Centro de Comercio Internacional, podemos afirmar que el Joint venture es actualmente una de la modalidades de contratación mercantil más requeridas por compañías de todo el mundo.

El contrato de Joint venture internacional, ofrece puntos de conexión con más de un ordenamiento jurídico estatal. El Joint venture se constituye en una herramienta genuina para que las economías de los países de menor desarrollo relativo se beneficien con la radicación de inversiones extranjeras canalizadas en colaboración directa con agentes locales, ya sea a través de una relación contractual o de la constitución de una sociedad distinta como vehículo de ejecución del objeto del acuerdo, redundando ello en la obtención de recursos y tecnología para el desarrollo de las economías nacionales; es además una modalidad propicia para materializar alianzas estratégicas entre actores económicos regionales, lo que implicaría un incremento de los intercambios mercantiles y de la complementación económica entre los países

latinoamericanos, uno de los varios caminos hacia la integración continental.

2. EL CONTRATO DE JOINT VENTURE EN EL ESCENARIO INTERNACIONAL

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

Los Estados, ante la nueva realidad mercantil, marcada por el incesante tráfico jurídico internacional, se han visto en la necesidad de ir adaptando los sistemas jurídicos nacionales. De igual forma, los principales agentes económicos globales

EL CONTRATO DE JOINT VENTURE EN EL ESCENARIO DEL COMERCIO GLOBAL

Norka López Zamarripa

de naturaleza privada, en específico, las empresas transnacionales, han intentado, por un lado, recuperar la antigua tradición de un derecho mercantil internacional basado en las costumbres y usos, e independiente de la regulación estatal, me refiero a la llamada *lex mercatoria*, y por otro, fortalecer los sistemas alternativos de solución de controversias, de manera muy particular con el arbitraje comercial internacional, todo ello en la búsqueda de sustraerse al control que sobre sus flujos de intercambio puedan ejercer los Estados nacionales.

De esta forma, los Estados buscan la unificación legislativa sobre una determinada materia, para dichos procesos de homogeneización, se han adoptado distintos tipos de mecanismos.

El más tradicional de ellos, es, sin duda, el de los tratados internacionales. Mediante estos instrumentos internacionales, los Estados convienen en adoptar normas comunes, buscando en ello la unificación legislativa. Dichos instrumentos suelen ser el resultado del trabajo de foros u organismos de carácter regional o global, a modo de ejemplo en materia de comercio internacional se encuentra la Comisión de

las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional UNCITRAL.

El éxito o fracaso de estos instrumentos depende, en primer lugar, del número de Estados ratificantes; en segundo, de su efectivo conocimiento y aplicación por parte de los jueces nacionales, una vez ratificados; y, por último, de la interpretación uniforme que se vaya desarrollando en los distintos países en donde hayan sido ratificados. Uno de los mejores ejemplos de un tratado de derecho mercantil internacional que ha adquirido gran aceptación en la práctica, y ha recogido también un importante número de ratificaciones, es sin duda la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías¹ Sin embargo, existe una gran cantidad de instrumentos de este tipo que nunca logran una aplicación efectiva y extendida², hasta tal punto que un sector

¹ Esta Convención, producto de los trabajos de la UNCINTRAL, fue aprobada por una conferencia diplomática en 1980. La misma ofrece un régimen legal completo y detallado aplicable a los contratos de compraventa internacional de mercaderías. Su entrada en vigor se produjo el 1º de enero de 1988. A la fecha, se compone de 72 Estados Contratantes, de los cinco continentes.

Veáse el sitio oficial de la UNCINTRAL en Internet: www.uncintral.org Consulta 10 de febrero 2010.

² Los motivos pueden ser diversos: escaso número de ratificaciones, poca información sobre los mismos entre

EL CONTRATO DE JOINT VENTURE EN EL ESCENARIO DEL COMERCIO GLOBAL

Norka López Zamarripa

de la doctrina ha denunciado un exceso de cantidad y defecto de calidad en los tratados. Debido a ello, se han intentado otras vías de homogeneización.

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

agregados, todo lo cual hace que el resultado comparativo entre las distintas legislaciones pueda ser finalmente bastante disímil.

En lo que tiene que ver con la esfera privada, ha sido un tema recurrente en los últimos años, para la doctrina especializada, el debate sobre la supuesta resurrección de la llamada *lex mercatoria*. Esta denominación, que en su utilización primigenia sirvió para designar a “una forma de regulación jurídica surgida de la clase mercantil, en su fase de nacimiento y expansión durante la Edad Media, como una forma de respuesta ante la incapacidad del derecho romano de colocarse como fuente normativa de frente a una actividad que tendía a desarrollarse en espacios jurídicos muy amplios(...)”,³ hoy en día se estaría refiriendo, de manera análoga, a los modernos principios generales del derecho comercial internacional, surgidos éstos de la práctica mercantil y fuera del alcance del poder regulatorio de los derechos nacionales. Los trabajos del instituto de derecho privado

los agentes jurídicos, excesivo número de reservas por parte de los Estados ratificantes.

³ RENTERÍA DÍAZ, Adrián, “Nueva *lex mercatoria mercatoria* y globalización”, p. 202-203, en Silva, Jorge Alberto (coord.), *Estudios sobre *lex mercatoria**, IJ-UNAM, México, 2006, serie *Doctrina Jurídica* N° 319, pp. 201-224.

EL CONTRATO DE JOINT VENTURE EN EL ESCENARIO DEL COMERCIO GLOBAL

Norka López Zamarripa

UNIDROIT⁴ son mencionados como una de las fuentes más importantes de esta nueva *lex mercatoria*; de manera muy particular: los Principios relativos a los contratos de comercio internacional “Principios UNIDROIT”, publicados originalmente en 1994 y reformulados, posteriormente, en 2004.

De esta manera, los principios UNIDROIT van tomando fuerza como reglas aplicables a los contratos mercantiles internacionales, no solamente por parte de tribunales arbitrales sino también por parte de jueces y tribunales ordinarios, nacionales e internacionales.

Evidentemente, los Principios UNIDROIT tienen claras características, no poseen ninguna fuerza vinculante, y su aplicación está condicionada a que las partes involucradas hayan pactado en el respectivo contrato que aquellos fungirían como normas de derecho aplicable ya sea de manera exclusiva o en complemento con un derecho nacional. Pero además, según el propio preámbulo del texto, los mismos pueden ser utilizados para

interpretar o complementar instrumentos internacionales o leyes nacionales de la materia, siendo igualmente aptos como modelo para legisladores nacionales e internacionales, esto es, como si fueran una ley modelo.

Los procesos y mecanismos citados, apuntan en esencia a conseguir un objetivo principal: la reducción de la incertidumbre jurídica que genera una contratación internacional. Incertidumbre que está proveída por el hecho de que, al parecer un elemento extraño en la transacción, domicilio, residencia, nacionalidad, lugar de cumplimiento del objeto, entre otros, surge la duda acerca de cuál es la jurisdicción competente, qué derecho será aplicable y, en última instancia, cómo se interpretarán las reglas a ser aplicadas. Problemas que tradicionalmente, al menos los dos primeros, recaían bajo la esfera de soluciones del derecho internacional privado de cada país; en el caso específico del derecho aplicable, bajo el método de los conflictos de leyes.

PEREZNIETO CASTRO afirma: “la concepción tradicional asigna al derecho internacional privado el estudio del método

⁴ UNIDROIT es el acrónimo que designa al Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, organización intergubernamental independiente con sede en Roma, y cuyo objeto es el estudio de los medios para la modernización, armonización y coordinación del derecho privado, en particular el derecho comercial, entre los Estados. Véase el sitio oficial del UNIDROIT en Internet www.unidroit.org Consulta 12 de febrero 2010

EL CONTRATO DE JOINT VENTURE EN EL ESCENARIO DEL COMERCIO GLOBAL

Norka López Zamarripa

de los conflictos de leyes”⁵, lo cual en cierto modo representa una idea ya demasiado restrictiva, puesto que hoy en día “el objeto del derecho internacional privado es el estudio de los diversos métodos que se emplean para la resolución de problemas derivados del tráfico jurídico privado internacional”⁶, entre los cuales se encuentran, además del método conflictual tradicional: a) las normas de aplicación inmediata, que son normas obligatorias, de orden público para el derecho internacional privado, que impiden la aplicación del derecho extranjero o la disposición voluntaria de particulares sobre las mismas, y que están generalmente vinculadas con la organización financiera estatal. b) las normas materiales y el derecho uniforme que son normas de origen interno que resuelven directamente el fondo del asunto derivado del tráfico jurídico internacional, y normas establecidas en instrumento internacional que regulan las relaciones jurídicas de los particulares desarrolladas en el ámbito internacional; c) la *lex mercatoria*; y d) las normas referidas a

conflictos de competencia judicial destinadas a determinar la competencia de los jueces ante un caso internacional.

3. EL CONTRATO DE JOINT VENTURE INTERNACIONAL

De orígenes eminentemente consuetudinario y jurisprudencial, el contrato de Joint venture ha venido configurándose, tras su inserción en distintos sistemas jurídicos y ámbitos comerciales, por fuera de marcos legales que lo regulan de manera específica, particularmente en el caso de América Latina, en donde, cuando alguna regulación existe, la misma se reduce a escasos detalles.

La definición jurídica del Joint venture tiene dos acepciones, vinculadas entre sí:

1. Instrumento jurídico a través del cual dos o más personas acuerdan constituir un Joint venture. Estamos en este caso ante lo que se conoce como el Joint venture agreement, en la doctrina anglosajona, y contrato de base o contrato Joint venture, en la doctrina latinoamericana.

⁵ PEREZNIETO CASTRO, Leonel, Derecho internacional privado. Parte general, Oxford, México, octava reimpresión 2008, p.15

⁶ Idem.

EL CONTRATO DE JOINT VENTURE EN EL ESCENARIO DEL COMERCIO GLOBAL

Norka López Zamarripa

2. Se identifica con los mismos términos a la operación que deriva del contrato, utilizándose en este caso la expresión “la joint venture”, que se aplica además a la sociedad creada como medio para la ejecución del acuerdo, (la sociedad conjunta), en los casos en que así ocurra (joint ventures societarios o corporativos).

La diferencia semántica en el uso de los términos puede provocar confusiones. Más aún si contemplamos el hecho de que ni siquiera en la doctrina tal distinción resulta clara.

La figura del Joint venture, tiene su propio origen, se encuentra en la figura de la partnership del derecho anglosajón y de la cual constituye una variación, sin el ánimo de formar una sociedad, a pesar de enfatizarse en la figura los elementos de riesgo y control.

En efecto, el Joint venture, es un acuerdo de voluntades con el propósito de conseguir objetivos específicos, manteniendo la autonomía de los participantes, excluyéndose por ello la existencia de la affectio societatis.

Incluso, cuando son creadas sociedades para atender las necesidades del Joint

venture, las denominadas Joint venture corporations o sociedades conjuntas, éstas son entendidas como medio y no como fin, debiendo ser consideradas como derivadas del contrato principal, el Joint venture agreement o contrato de base.

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

4. EL JOINT VENTURE COMO CONTRATO ATÍPICO EN EL DERECHO MEXICANO

El contrato de Joint venture no se encuentra regulado por el derecho mexicano, razón por la cual su naturaleza jurídica en dicho ordenamiento es la de un contrato atípico.

El Código Civil Federal establece en su artículo 1796 que: “Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, excepto aquellos que deben revestir una forma establecida por la ley (...)”. De

EL CONTRATO DE JOINT VENTURE EN EL ESCENARIO DEL COMERCIO GLOBAL

Norka López Zamarripa

manera concordante, el artículo 1832 dispone que: “En los contratos civiles cada uno se obliga en la manera y los términos que aparezca que quiso obligarse, sin que para la validez del contrato se requieran formalidades determinadas, fuera de los casos expresamente designados por la ley”. En consecuencia, para que un contrato exista se requiere solamente del consentimiento de las partes intervinientes en su perfeccionamiento, más el cumplimiento de determinadas formalidades, en el caso de que la ley así lo requiera, por lo que, a contrario *sensu*, no se requiere en general de ninguna formalidad en el caso de los contratos atípicos.

El artículo 1858 del Código Civil Federal, se refiere expresamente en particular a los contratos atípicos:

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 reglamentos en este ordenamiento.

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

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

EL CONTRATO DE JOINT VENTURE EN EL ESCENARIO DEL COMERCIO GLOBAL

Norka López Zamarripa

Finalmente el artículo establece, que en aquellos puntos en los que las estipulaciones entre las partes fueran omisas, se regirá el contrato atípico por las disposiciones del contrato con el que tenga más analogía. Sobre este punto, es menester destacar que el tema, desde el punto de vista de las técnicas de integración e interpretación de los contratos, no es sencillo, ya que muchas veces el contrato atípico guarda similitud con más de un contrato típico o, de acuerdo a la aplicación específica de aquél, los puntos de semejanza pueden alternativamente fortalecerse o debilitarse. La cuestión no resulta menor a la hora de estudiarse a la luz del caso de un contrato de Joint venture. Una de las principales motivaciones de las personas que optan por recurrir a esta modalidad contractual, es evitar la rigidez de las figuras típicas tradicionales. Pero además, y lo que es más importante aun, el fenómeno del Joint venture tiene la particularidad de abarcar una relación compleja en donde muchas veces suele confundirse al contrato de base con los contratos derivados o satélites.

Lo importante es, en ese caso, distinguir que por “contrato de Joint venture”, en

sentido estricto, deberá entenderse al instrumento que sirve de marco para toda la relación, esto es, el contrato de base; el cual, a fin de cuentas, es el que hace a la esencia misma de la figura: la de establecer los medios jurídicos y económicos para obtener un fin en común compartiendo los riesgos.

Un sector de la doctrina mexicana ha calificado al contrato de Joint venture como contrato de sociedad en sentido genérico, por lo que guardaría cierta analogía con el contrato de sociedad civil, regulado por el Código Civil Federal e incluso, en su caso, con el contrato de sociedad en nombre colectivo, regulado por la Ley General de Sociedades Mercantiles; con la diferencia de que en el Joint venture no se genera personalidad jurídica.

Sin embargo, el Joint venture no podría ser un contrato de sociedad, dado que existe una ausencia de la denominada *affectio societatis*. Incluso admitiendo que el Código Civil Federal o en la Ley General de Sociedades Mercantiles pudiera haberse incluido un concepto genérico de sociedad, como existe en algunos derechos europeos, la cuestión queda en todo caso en el campo de la política jurídica para su discusión. Lo cierto es que

EL CONTRATO DE JOINT VENTURE EN EL ESCENARIO DEL COMERCIO GLOBAL

Norka López Zamarripa

el contrato de sociedad regulado en el Código Civil Federal implica necesariamente la creación de una persona moral con razón social, algo contrario a la naturaleza del Joint venture, el cual puede en todo caso en su modalidad societaria, valerse de la creación de una persona moral distinta de los contratantes como herramienta para el cumplimiento de sus fines, a través de un contrato derivado, pero no como consecuencia.

5. LA RELACIÓN DE LOS CONTRATOS CIVILES Y LOS CONTRATOS MERCANTILES

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

En lo que se refiere al derecho mercantil en particular, éste surge históricamente como una rama especial durante el medievo europeo, con el fin de regular el tráfico local e internacional de mercaderías, por medio de las instituciones de las ferias y los mercados. La reiteración de usos y costumbres específicos derivaron en una serie de reglamentaciones especiales para las operaciones realizadas por los comerciantes y, lo que es más importante aun, la creación de jueces especiales para entender en los conflictos generados entre aquéllos. Es por eso que el sentido original de la expresión materia de comercio tuvo un sentido meramente jurisdiccional⁷. Esto es, todo litigio que recayese bajo la competencia del llamado “fuero consular”, merecería la calificación de mercantil.

Este sistema, denominado subjetivo, en razón de que el derecho mercantil se circunscribía a una determinada clase profesional, en este caso la de los comerciantes, fue cediendo paso, en los albores de la modernidad, a un sistema objetivo,. Así, lentamente, la materia

⁷ FONTANARROSA, Rodolfo O., Derecho comercial argentino. Tomo I: Parte General, Zavalía, Buenos Aires, novena edición, 1977, pp 23-25

EL CONTRATO DE JOINT VENTURE EN EL ESCENARIO DEL COMERCIO GLOBAL

Norka López Zamarripa

comercial empezó a adquirir una especialidad no sólo material. En efecto, durante el siglo XIX empezaron a sancionarse códigos de comercio en Europa y, por su influencia, más tarde en América Latina.

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

Esto es así porque, al margen de las actividades entendidas propiamente como comerciales en sentido económico, el legislador ha creído conveniente incluir dentro de esta calificación otras actividades que serían más bien de naturaleza civil, a partir de presunciones *iuris et de iure*. De este modo, por ejemplo, actos tan diversos como la emisión de un cheque o el arrendamiento de inmuebles con fines de especulación han quedado subsumidos en algunas

legislaciones bajo la materia mercantil, más allá de toda consideración acerca de su ejecución o no por parte de comerciantes.

Tanto en el derecho mercantil como en el civil, el tratamiento de las obligaciones constituye una parte esencial de su contenido, lo cual lleva a la pregunta acerca del motivo de la regulación por separado de ambos regímenes. En efecto, la tendencia verificada desde mediados del siglo XX en algunos países europeos, de unificar en un solo cuerpo jurídico la regulación de las obligaciones civiles y mercantiles, ha tenido su influencia.

Lo anteriormente dicho se relaciona de manera directa con la cuestión del tratamiento de los contratos, que son la fuente principal de la cual surgen las obligaciones.

Así, al producirse la mencionada unificación legislativa, la misma abarca también al tratamiento de los contratos, tanto en su parte general como especial. Todo lo cual hace que pierda fuerza la distinción entre contratos civiles y mercantiles, ya que a ambos se le aplican las mismas disposiciones generales y, en particular, su tratamiento se incluye dentro de un mismo cuerpo codificado.

EL CONTRATO DE JOINT VENTURE EN EL ESCENARIO DEL COMERCIO GLOBAL

Norka López Zamarripa

En la literatura jurídica especializada, al abordar el tema de los contratos mercantiles modernos esto es, los que han nacido de la práctica mercantil asociada a la economía globalizada de la segunda mitad del siglo XX, es común encontrar al contrato Joint venture.

Esto se ha debido principalmente al hecho de que el proceso de internacionalización de esta figura se dio gracias a la utilización de la misma por parte de grandes corporaciones transnacionales, las cuales buscaban expandir las esferas territoriales de sus proyectos de inversión, compartiendo riesgo y asociándose con venturers locales o internacionales.

Una tendencia importante del derecho mercantil a nivel mundial ha sido la de declarar como dentro de su ámbito a todas las actividades de las empresas, las operaciones de Joint venture fueron calificadas como operaciones mercantiles, sin más.

En la gran mayoría de los casos, el contrato de Joint venture reviste una naturaleza mercantil indiscutible, constituyéndose además en un acuerdo marco con el cual se conectan otros contratos satélites, que generalmente consisten en las figuras mercantiles de

mayor uso y novedad, lo que convierte a las relaciones de Joint venture en protagonistas importantes de las prácticas mercantiles nacionales e internacionales.

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

El contrato de Joint venture, a pesar de revestir en la mayoría de los casos naturaleza mercantil, encontrará su regulación principalmente en las disposiciones del Código Civil Federal relativas a los contratos, esto es así, pues el Código de Comercio no contempla un tratamiento sistemático de los contratos mercantiles, sino un tratamiento somero de algunos elementos de la relación contractual, como el plazo, el lugar para el cumplimiento de las obligaciones o la mora.

El propio artículo 81 del Código de Comercio, remite al derecho civil, al establecer que: "Con las modificaciones y restricciones de este Código, serán

EL CONTRATO DE JOINT VENTURE EN EL ESCENARIO DEL COMERCIO GLOBAL

Norka López Zamarripa

aplicables a los actos mercantiles las disposiciones del derecho civil acerca de la capacidad de los contrayentes, y de las excepciones y causas que invalidan los contratos”. Complementariamente, el artículo 2° del Código de Comercio, cita: “A falta de disposiciones de este ordenamiento y las demás leyes mercantiles, serán aplicables a los actos de comercio las del derecho común contenidas en el Código Civil en materia federal”. Lo importante, es resaltar que más allá de la aparente complejidad de la regulación de las obligaciones mercantiles y civiles en México, en realidad no hay en lo sustantivo diferencias importantes entre ambas materias, ya que acudir supletoriamente al Código Civil Federal y, por otra parte, si se toman las prescripciones contenidas en el Código de Comercio, se observa que la mayoría de éstas en realidad no contradicen ni complementan al Código Civil Federal, sino únicamente lo repiten.

En lo que se refiere al fuero competente, la jurisdicción mercantil, con excepción de lo que se refiere a los concursos mercantiles, la tienen los jueces de lo civil, tanto locales como federales indistintamente, ya que los locales pueden aplicar las leyes federales

cuando sólo se afecten intereses de particulares, según lo que cita el artículo 104 de la Constitución.

6. EL CONTRATO DE JOINT VENTURE EN EL RÉGIMEN DE LA COMPETENCIA ECONOMÍA.

Una materia novedosa, principalmente en cuanto a su introducción en América Latina, es el denominado derecho de la competencia económica. WITKER y VARELA lo definen como: “Una rama del derecho económico que regula y ordena los mercados sancionando las prácticas mercantiles anticompetitivas atentatorias a la libre competencia y competencia, que incluye al conjunto de normas que regulan las relaciones de mercado que se susciten entre agentes económicos, mismas que pueden tener por objeto la promoción y defensa de la competencia, la eficiencia económica, la apertura de mercados, y el bienestar de los consumidores”⁸

Esta definición debe entenderse como sus propios autores aclaran en un sentido amplio, puesto que en un sentido estricto el

⁸ WITKER Jorge y Angélica VARELA, Derecho de la competencia económica en México, UNAM IIIJ, México 2003, Serie Doctrina Jurídica N° 157, p. 7.

EL CONTRATO DE JOINT VENTURE EN EL ESCENARIO DEL COMERCIO GLOBAL

Norka López Zamarripa

derecho de la competencia económica tradicionalmente se ha referido exclusivamente a la regulación y sanción de las prácticas restrictivas de la competencia, sin considerar otras esferas que, debido al complejo desarrollo de la globalización económica, hoy en día se vincula indiscutiblemente con esta área de estudio, en particular, las prácticas desleales de comercio internacional y su efecto en los mercados nacionales, la vinculación de la regulación de la propiedad intelectual con la competencia económica, como también la articulación entre el derecho del consumidor y la política de competencia económica.

En la doctrina, no existe un acuerdo pleno, de cuál es el verdadero objetivo que persigue el derecho de la competencia económica. Los autores ideológicamente vinculados con la teoría neoclásica insisten, en que el único objetivo de esta rama del derecho es la procuración de eficiencia de los mercados, sin embargo otros autores admiten lo anterior pero subordinan a la materia a fines vinculados con la idea de la justicia y el derecho al desarrollo.

Lo cierto es, que querer entender y aplicar el derecho de competencia económica sin

el auxilio que la ciencia económica presta al derecho, es no entenderlo, por ello los aparatos teóricos y conceptuales de corrientes como la del análisis económico del derecho, que agrupa a una serie de planteamientos teóricos-jurídicos que buscan aplicar elementos de la teoría económica a la interpretación de los fenómenos jurídicos, particularmente en las ramas directamente relacionadas con la Economía, nos sirven de gran ayuda y soporte a la investigación en este campo. Desde esta perspectiva, el estudio de las denominadas “prácticas restrictivas de la competencia” resulta fundamental y es el tema sobre el que, efectivamente, se articula el núcleo principal del derecho de la competencia económica.

La importancia de analizar el derecho de la competencia económica en su relación con la figura del contrato Joint venture, se explica por el hecho de que, si bien la ejecución de esta última puede tomar diversas formas en la práctica, sea ya entre agentes económicos ubicados horizontal o verticalmente entre sí, se tendrá siempre algún tipo de efecto sobre la dinámica del mercado al que apunta el objeto de la relación.

EL CONTRATO DE JOINT VENTURE EN EL ESCENARIO DEL COMERCIO GLOBAL

Norka López Zamarripa

GINEBRA SERRABOU, señala, los efectos sobre la competencia económica por parte de los Joint ventures serán normalmente menores a los provocados por las fusiones, ya que “en la fusión siempre desaparece un agente económico del mercado, fortaleciéndose en contrapartida otro, aquel que adquiere los activos de las empresas fusionadas, con lo cual se fortalece el poder que ostenta en el mercado una determinada empresa, pudiendo, en virtud de esa fusión, obtener un poder dominante en el mercado, con lo que se facilita la realización de prácticas colusorias”⁹

A pesar de los efectos menos evidentes que los provocados por una fusión, la posibilidad de una determinada operación de Joint venture recaiga bajo la clasificación de “concentración”, debe estar siempre presente.

Asimismo, con frecuencia se incluyen en los contratos de Joint venture, cláusulas que pueden llegar a constituir prácticas monopólicas, como la cláusula de no-competencia, que implica directamente una restricción de la competencia entre los ventures.

De la misma forma, los contratos Joint ventures que involucran contratos de intermediación comercial, tales como agencia, distribución o concesión mercantil, franquicia, entre otros, en términos del derecho de la competencia económica, usualmente incluyen cláusulas conflictivas, principalmente las que contienen un pacto de exclusividad. En determinadas circunstancias, el pacto de exclusividad, puede ser considerado una práctica monopólica relativa.

7. EL JOINT VENTURE EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA ECONÓMICA EN MÉXICO.

El proceso de apertura de México hacia el comercio internacional, iniciado a partir de mediados de los años ochenta, generó la necesidad de contar con una ley de competencia económica que tomara en cuenta la experiencia extranjera en la materia. De esta forma, el 24 de diciembre de 1992, se publica en el Diario Oficial de la Federación la Ley Federal de Competencia Económica, cuya entrada en vigor de produjo en junio de 1993.

Para aplicación de la ley, se creó un órgano administrativo desconcentrado de

⁹ GINEBRA SERRABOU, Xavier, Alianzas estratégicas o Joint ventures, Themis, México, Colección Ensayos Jurídicos, segunda edición 2006 p.174

EL CONTRATO DE JOINT VENTURE EN EL ESCENARIO DEL COMERCIO GLOBAL

Norka López Zamarripa

la Secretaría de Economía, con autonomía técnica y operativa, denominado Comisión Federal de Competencia, que tiene como una de sus funciones básicas la investigación de posibles prácticas monopólicas prohibidas por la Ley Federal de Competencia Económica, y la eventual sanción administrativas de las empresas que incurran en dichas prácticas. Además se ocupa, entre otras acciones, de autorizar, condicionar o impedir las concentraciones.

Es menester señalar que en la Ley Federal de Competencia Económica, los Joint ventures como tales no se encuentran contemplados en su articulado, sin embargo, tal como se explicó anteriormente, en un sentido general, dependiendo de las particularidades de cada caso, pueden darse efectos anticompetitivos sobre el mercado que constituya una violación a la Ley.

La Ley Federal de Competencia Económica, en sus artículos 9 y 10, hace referencia a las prácticas monopólicas absolutas y relativas, detalladas taxativamente, varias de ellas podrían aplicar a un contrato de Joint venture, dependiendo de las particularidades de sus cláusulas; no obstante, esto no se debe a

la naturaleza del contrato en sí, sino a la amplia gama de modalidades que los términos de su negociación pueden adoptar, debiéndose considerar además a los contratos satélites que normalmente forman parte de la relación. En ese sentido, los ejemplos más importantes son las cláusulas de no-competencia y de pacto de exclusividad, anteriormente explicados, y que son las de un impacto quizá más evidente sobre la libre competencia.

El contrato de Joint venture, en relación con las concentraciones guarda una implicancia más intrínseca, a pesar de que la Ley se refiere de manera específica a la fusión y a la adquisición de control como “concentraciones”, de esta manera considera a cualquier acto por virtud del cual se concentren sociedades, asociaciones, acciones, partes sociales, fideicomisos o activos en general que se realice entre competidores, proveedores, clientes o cualesquiera otros agentes económicos.

Sin embargo, la Ley establece que no todas las concentraciones merecen ser impugnadas, pues debe darse otras condiciones como que el objeto o efecto sea disminuir, dañar o impedir la

EL CONTRATO DE JOINT VENTURE EN EL ESCENARIO DEL COMERCIO GLOBAL

Norka López Zamarripa

competencia y la libre concurrencia respecto de bienes o servicios iguales, similares o sustancialmente relacionados. De esta forma, podemos deducir que independientemente de la forma jurídica que adopte una concentración, es el efecto económico lo más relevante.

La Ley prevé fuertes sanciones para las concentraciones, en el caso de incurrir en conductas violatorias a la misma; en lo relacionado con las prácticas monopólicas, el articulado correspondiente es bastante claro al establecer los supuestos, por lo que, con una adecuada asesoría de tipo económico-jurídico, se puede evitar incidir en las mismas.

8. MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL CONTRATO DE JOINT VENTURE INTERNACIONAL

Tradicionalmente, es el Estado el encargado de intervenir en la solución de los conflictos que interesan al derecho, por intermedio de sus órganos jurisdiccionales. El Estado moderno, ejerce un monopolio sobre la impartición de justicia, que va ligado incluso con la idea de la soberanía, ya que de los tres poderes en que la teoría

política clásica divide el ejercicio del gobierno, es precisamente el poder judicial. Las últimas décadas, el mundo del derecho ha sido testigo del paulatino surgimiento de los denominados *medios alternativos de solución de controversias*, que se constituyen en un intento por encontrar vías de escape del sometimiento de las controversias a los tribunales ordinarios, a los que se les atribuye todo tipo de problemas tales como: retardo en la impartición de justicia, preparación poco especializada de algunos jueces para determinados temas, elevados costos para las partes que derivan del largo proceso, entre otros muchos.

Con la práctica se han ido desarrollando numerosos medios alternativos de solución de controversias, entre los que se cuenta: el pequeño juicio (mini trail), el juicio privado, el arbitraje derivado, el juicio sumario ante jurado, el oyente neutral, la determinación por experto neutral, la adaptación de contratos, las consultas, la investigación, la conciliación, la mediación, los buenos oficios, la transacción, y la amigable composición. Muchas de dichas modalidades, surgieron del ámbito estadounidense, en donde además se generó el término de *alternative dispute*

EL CONTRATO DE JOINT VENTURE EN EL ESCENARIO DEL COMERCIO GLOBAL

Norka López Zamarripa

resolution (ADR), en español, dichos mecanismos reciben la denominación de medios alternativos de solución de controversias.

El mecanismo más relevante en la práctica comercial internacional, y por ende, el que más importancia presenta para el análisis acerca de cómo se resuelve las controversias que surgen de un contrato de Joint venture internacional, es el arbitraje.

José Luis SIQUEIROS, lo define como “un método o una técnica mediante la cual se tratan de resolver extrajudicialmente las diferencias que pueden ocurrir o que han surgido entre dos o más partes, mediante la actuación de una o varias personas (árbitro o árbitros) los cuales derivan sus facultades del acuerdo consensual de las partes involucradas en la controversia”¹⁰

El aumento en el uso de los medios alternativos de solución de controversias en la práctica privada y en particular del uso del arbitraje, los propios Estados han decidido acompañar el proceso en los últimos años, en mayor o en menor medida, modernizando las disposiciones de derecho interno que sobre la materia

existían o adhiriéndose a convenciones internacionales relativas al arbitraje y al reconocimiento de laudos extranjeros.

En la práctica mercantil internacional, es cada vez más creciente el uso del arbitraje como mecanismo de solución de controversias. Ante la disyuntiva: “litigio judicial o arbitraje”, lo más común es que las partes se decanten por este último. En la doctrina se mencionan algunos motivos por preferir el arbitraje, que en verdad no son pocos, tales como: la provisión de un foro neutral, en el sentido de que las partes de un contrato internacional suelen mostrar reticencias al litigar ante un tribunal extranjero, cuyos procedimientos y trámites les son desconocidos, mientras que el arbitraje comercial se muestra como un mecanismo más o menos estandarizados por la práctica mercantil internacional; la flexibilidad al momento de configurar los elementos que regirán el proceso arbitral, entre ellos: el derecho aplicable, el número de árbitros, o el lugar donde se desarrollará el arbitraje, por citar algunos ejemplos; la celeridad en el desarrollo del proceso; la confidencialidad que puede pactarse con respeto a todos los detalles del proceso e incluso del laudo, algo que resulta importante en relación con las

¹⁰ CRUZ MIRAMONTES, Rodolfo y Óscar CRUZ BARNEY, El arbitraje. Los diversos mecanismos de solución de controversias: Análisis y práctica en México, Porrúa-UNAM, México, 2004, p 29

EL CONTRATO DE JOINT VENTURE EN EL ESCENARIO DEL COMERCIO GLOBAL

Norka López Zamarripa

delicadas informaciones de índole comercial, que suelen manejarse durante la sustanciación de un proceso de arbitraje mercantil internacional, y la especialidad con que puede analizarse la controversia respectiva, debido a que las partes tienen la posibilidad de designar árbitros con la suficiente preparación y oficio que requiera la materia en cuestión.

En el caso de los contratos de Joint venture internacional, tanto en los de tipo contractual como societarios, existen motivos más específicos para preferir al arbitraje antes que a la justicia ordinaria de algún Estado.

El Joint venture es un contrato complejo, suele vincular a su vez a varios contratos satélites con el contrato base, en una complicada relación que muchas veces implica puntos de conexión con diversos ordenamientos jurídicos, lo cual genera gran incertidumbre con respecto al derecho aplicable y la jurisdicción competente para cada aspecto de la relación en su conjunto; la inclusión de una cláusula arbitral vendría así a portar un foro consensuado y homogéneo para el contrato en general, con las consabidas posibilidades de escoger además el derecho aplicable y, en

su caso, el apego a determinadas reglas de soft law.

El Joint venture es un contrato asociativo, pues implica una voluntad de colaborar para perseguir un objetivo común, en virtud de los aportes que, por sus características particulares, están en condiciones de ofrecer, la salida de la relación de un venturero, convierte al contrato en un verdadero problema, por la calidad *intuitu personae* del contrato. En ese contexto la previsión de alternativas al litigio judicial busca en lo posible evitar una radicalización que los lleve a la dura posición del demandante, que puede hacer fracasar la relación entera. En este esquema se prevén etapas previas antes de llegar al arbitraje, como es el caso de la mediación, que es un mecanismo a través del cual un tercero neutral el mediador, ayuda a las partes en conflicto a encontrar soluciones mediante un acuerdo mutuo y voluntario.

La mediación se diferencia del arbitraje, en el sentido de que en aquélla la repuesta al problema surge de las propias partes, mientras que en éste la solución viene dada por la decisión de un tercero, el árbitro, contenida en el laudo y con carácter obligatorio.

EL CONTRATO DE JOINT VENTURE EN EL ESCENARIO DEL COMERCIO GLOBAL

Norka López Zamarripa

La conveniencia de la utilización del arbitraje como mecanismo de solución de controversias en los contratos Joint venture internacional, se ha reflejado incluso en los dos más recientes documentos elaborados por expertos del Centro de Comercio Internacional; Acuerdo Modelo del Centro de Comercio Internacional de Joint Venture Contractual, publicado en 2004, y el Acuerdo Modelo del Centro de Comercio Internacional de Joint Venture Corporativo, publicado en 2006.

