

COMENTARIOS JURIDICOS SOBRE EL CONTRATO DE JOINT VENTURE

Oscar Andrés Torres Zagal (*)

Hemos querido plantear en el presente artículo, algunos comentarios jurídicos sobre los joint venture (aventura - conjunta), una nueva tipología convencional en nuestro país en materia jurídica.

En efecto, con ocasión de la transición y restauración de la democracia en Chile, se ha visto incrementado el interés por la inversión extranjera en nuestro país, según últimos datos entregados por la autoridad económica del actual gobierno de la Concertación Democrática (vía Capítulo XIX Banco Central de Chile sobre Inversiones con títulos de Deuda Externa y D.L. Nº 600 sobre estatuto de la Inversión Extranjera de 1974).

Esta realidad plantea nuevos desafíos para diversos sectores del país, entre otros a los estudiosos del derecho, jueces, autoridades, empresarios y estimamos en un sentido amplio a la opinión pública en general.

Muchos proyectos de inversión se materializarán en el corto plazo en nuestra economía con un novedoso instrumento contractual en nuestro sistema jurídico, el contrato denominado de *joint venture*, institución jurídica de origen jurisprudencial anglo-sajón de fines del siglo XIX.

Históricamente, el origen de la institución que nos ocupa, aparece en el mundo de los negocios y en su posterior reconocimiento en las decisiones jurisdiccionales de los Tribunales Ingleses y Norteamericanos y así lo señala y considera la doctrina de manera unánime; lo esencial consistió en reconocer que los comerciantes celebraban y ejecutaban contratos de asociación específica para realizar un único y determinado negocio con el fin de obtener una utilidad, combinando sus respectivos recursos y potencialidades sin formar ni crear una corporación o recurrir al status jurídico de una *partnership* (caso "Ross v/s Willet", New York, 1894). Sociedad en nuestro sistema jurídico.

Profesor Titular de Legislación Financiera, Universidad La República
Profesor Ayudante de Derecho Comercial, Universidad Diego Portales.
Profesor Ayudante de Derecho Comercial, Universidad Central

Nace el joint venture en lo jurídico como una creación jurisprudencial a fines del siglo XIX y en el siglo XX adquiere reconocimiento legal. Así en Inglaterra en la Partner Ship Act de 1890, -Proyecto de Sir Pollok- y en Estados Unidos en la Uniform Partner Ship Act y en la Uniform Limited Partner Ship Act 1914 basados en el Common law y hoy adoptados en la mayoría de los Estados Unidos.

El joint venture adquiere difusión y aplicación después de la segunda guerra mundial en Europa y Estados Unidos, con gran aplicación a la industria extractiva, obras de envergadura y en especial en la industria petrolera en los países árabes, por sus bondades y seguridades para adaptarse eficazmente a la inversión coparticipada (por ejemplo en los contratos Kuwait - B.P. Gulf Oil y ENI - Libia de Septiembre de 1972).

Anotamos desde ya que el joint venture, tiene un carácter esencialmente ad-hoc o especial por su objeto y es un concepto jurídico actualmente en evolución, según se explicará más adelante.

Para ilustrar y explicar el tema que nos ocupa creemos de interés destacar las principales características de un joint venture que permiten distinguirlo de otros tipos contractuales tales como, sociedades, asociaciones y sociedades irregulares o de hecho o y sociedades accidentales.

PRINCIPALES CARACTERISTICAS QUE PRESENTA LA INSTITUCION:

1ª.- El carácter ad-hoc, es de la naturaleza del joint venture estar destinado a un proyecto único y específico; esto es, que sea particular la aventura a un giro de negocios y no generalizada;

2ª.- Necesidad de una contribución: para que haya joint venture los partícipes deben efectuar una contribución a la aventura común, sea en bienes, tecnología, derechos, Know-how, aplicación de ingenio, financiamiento, recursos naturales, etc.;

3ª.- Crea una comunidad de intereses: es propio del joint venture crear una comunidad activa de intereses, lo que importa o significa una relación de confianza o *fiduciaria* entre los partícipes o partners, interesa lo que cada parte es y aporta a la aventura común. En este sentido destaca su carácter *intuitu personae*;

4ª.- Búsqueda de utilidad común: los vínculos que establecen las partes apuntan al logro de una utilidad o beneficio común en virtud de la participación en el aporte;

5ª.- Contribución en las pérdidas: los partícipes estipulan una cuota parte de participación en las eventuales pérdidas - riesgo- y limitación de responsabilidad por la gestión de la operación (pro cuota);

6ª.- Recíproca facultad para representar y obligar al otro (mutual agency), cada partícipe en el joint venture tiene la facultad para obligar al otro, frente a terceros, incluso a los ocultos o *secretos*, dentro del ámbito del *joint venture*, con salvedades;

7ª.- Control y dirección sobre el proyecto, o sea, el control de la gestión empresarial es compartido por los partícipes.

Asume una particular importancia la constitución de una estructura organizativa que asegure un igual poder de control de los partícipes en la ejecución del contrato. Esta característica se puede expresar según la opinión de Andrea Astolfi en "*la constitución de un comité de gestión de una sociedad - órgano en la cual los contrayentes participan en modo paritario*". A esta característica la denominamos *principio de igualdad de gestión*. Este aspecto interesa en extremo a los países en vías de desarrollo para recepcionar la inversión extranjera ;

8ª.- La jurisprudencia y autores ingleses, sostienen que el joint venture no se disuelve o termina con la muerte de sus integrantes, en el caso de personas naturales. Este aspecto nos parece cuestionable en nuestro sistema jurídico continental en virtud de su carácter *intuitu personae* y de confianza de la convención; y,

9ª.- No es jurídicamente una sociedad, ya que los partícipes declaran, generalmente, su expresa voluntad de no formar sociedad, así por ejemplo *en la generalidad de los casos, en la propia voluntad de los contrayentes de convenir en una relación de colaboración que quiere excluir una relación social*⁽¹⁾. Lo señalado no significa que a causa o con ocasión de la joint venture se pueda constituir una sociedad meramente administradora de ella (principio de igualdad de gestión).

Constituye el joint venture un contrato autónomo con fisonomía y vida propia de tal manera que no corresponde su subsunción en un esquema societario.

Tiene el joint venture un carácter esencialmente fiduciario, según se ha señalado anteriormente, es decir, es una convención *intuitu personae* o de confianza, interesan en extremo las cualidades, y lo que es cada partícipe, y por

1).- Andrea Astolfi: El Contrato Internacional de Joint Venture, Ed. Depalma Bs. Aires 1986

tanto se deben los participantes en éstos el deber recíproco de la más alta lealtad, conservando su libertad individual asociativa en todo lo no comprendido en el joint venture que los obliga a diferencia de las relaciones asociativas que se producen en los partner ship anglo-sajona.

Es preciso reflexionar en esta parte del tema, acerca del origen de la convención -joint venture-, al respecto decíamos que su origen es anglo-sajón y ello se debe, como es sabido desde el punto de vista jurídico, a que en el sistema jurídico de la familia del common law la costumbre y el precedente crean derecho; o sea, la práctica uniforme y generalizada es reconocida como elemento generador de instituciones jurídicas, sancionadas jurisprudencialmente, y finalmente en virtud de su general aplicación y aceptación logra concretarse a nivel de Act o ley.

A la inversa, en los sistemas jurídicos codificados -de tradición francesa o continental - como el nuestro, existen dogmas, ropajes o tipologías legales previas, típicamente aludimos y pensamos en sociedades civiles o comerciales o asociaciones; y en estos sistemas la posibilidad de crear derecho por la vía de la costumbre mercantil o civil es más restringida que la observada en los sistemas de common law. En consecuencia, la posibilidad de crear derecho en los sistemas codificados de corte francés, como el nuestro, es una actividad atípica o innominada que encuentra su consagración legal entre nosotros en virtud del principio de libertad contractual - ley del contrato - artículo 1545 del Código Civil que establece que "todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales", y en virtud del PRINCIPIO DE LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD, unidos estos al principio de orden público económico constitucional contenido en el artículo 19 Nº 21 de la Constitución Política de 1980 relativo a la libertad de empresa y que en lo pertinente señala:

"ARTICULO 19 Nº 21: La constitución asegura a todas las personas: El derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulan".

Por lo anterior, al celebrarse una convención -joint venture- en nuestro sistema jurídico, encuentra su sanción tipológica como contrato innominado o atípico, en virtud de los preceptos legales recientemente citados, adquiriendo fuerza de ley entre los copartícipes.

Lo que interesa desde el punto de vista práctico - en el mundo de la realidad - es que el técnico, el abogado, el juez, nuestras autoridades administrativas y político financieras sepan acoger la institución que nos ocupa y distinguir su especial fisonomía que lo hace no solamente sui generis sino que sui iuris, especial en el mundo jurídico y en consecuencia no es apropiado aplicarle normas y

principios de otras tipologías jurídicas, como por ejemplo sociedades, asociaciones, sociedades de hecho o irregular etc., que no corresponden a su especial naturaleza jurídica (así Andrea Astolfi).

Desde otro punto de vista creemos que los joint venture proveen a la fluidez y seguridad de las operaciones empresariales, constituyendo un nuevo desafío al empresario y a la empresa nacional, de manera tal que puede, si éstos se lo proponen, resultar una interesante y enriquecedora experiencia mutua entre los partner que debe ser asumida de buena fe, respetando el carácter fiduciario o de confianza que se ha señalado anteriormente y que en definitiva contribuyen al desarrollo económico del país.

A manera de reflexión sostenemos que los empresarios y comerciantes van creando e introduciendo instituciones jurídicas nuevas de acuerdo a sus necesidades, intereses, fines y talentos de características novedosas no sancionadas expresamente por la ley - así ha sido históricamente en el origen del Derecho Comercial - y sólo con posterioridad dichas novedosas figuras jurídicas logran reconocimiento normativo o legal; de suerte tal que el derecho va a la zaga de la capacidad, necesidades y voluntad de los empresarios. Por ello sólo es posible esperar que la intervención jurídica en el caso que nos ocupa - joint venture - sea positiva, incentivadora y de colaboración. He aquí un nuevo desafío para nuestro Poder Legislativo ya que sería del todo deseable esperar que en una futura reforma legal se abordaran nuevas formas jurídicas de asociación empresarial, distintas de las tipologías societarias clásicas, con el objeto de abrir un espacio de libertad, más allá de los límites del derecho común, para que el derecho sea un instrumento útil al desarrollo económico y a la promoción del cambio social.

Actualmente el joint venture se inscribe y supone la división norte-sur del mundo caracterizada de una parte por la abundancia de conocimiento tecnológico y capitales y por la escasez relativa a determinados recursos naturales y de la otra, por la ausencia relativa de conocimiento tecnológico y la abundancia relativa de recursos naturales; de manera tal que el joint venture es hoy una forma de conciliación de los intereses del Norte y del Sur. Esta tesis es sustentada por el distinguido profesor de Derecho Económico Chileno Enrique Aimone Gibson, quien agrega que la fórmula jurídica de los joint venture en los países subdesarrollados es "*una forma de regular la inversión extranjera*".⁽²⁾ (así también Andrea Astolfi en su obra "El Contrato Internacional de Joint Venture" Ed. Depalma Buenos Aires 1986 pág. 15 y 16.). Hay razones de política económica tanto para los países desarrollados como para los países en vías de desarrollo en concre-

2).- Enrique Aimone Gibson: Curso Contratos Internacionales, material de trabajo Langton Clark y Cía. Ltda. Santiago - Chile, 1992.

tar inversiones de envergadura recurriendo al contrato de joint venture. Para los primeros el interés radica en realizar concentraciones por coordinación; para los segundos el interés radica en la oportunidad de favorecer la participación local de sujetos económicos en inversiones que se supone favorecen el desarrollo nacional.

Es conveniente dejar establecido a efectos de evitar confusiones jurídicas, que genuinamente el joint venture excluye la formación societaria, no es sociedad, por declaración expresa de los interesados de no formar ni constituir sociedad, sin perjuicio de contener algunos aspectos o elementos afines con la sociedad como explotación o coincidencia de algo en común (así por ejemplo Enrique Aimone en Chile, Sergio Le Pera en Argentina y Andrea Astolfi en Italia ob. cit.).

Desde el punto de vista de su contenido y finalidades se distingue la joint venture instrumental y operacional.

La instrumental "*constituye un medio para los efectos de realizar determinados contratos o conjuntos de contratos internacionales*" ⁽³⁾ en una obra de envergadura de manera tal, que todos los interesados deben negociar conjuntamente con la empresa que oficia de líder en el país huésped, como coordinadora, y con los organismos o entes oficiales del país huésped estableciéndose lo que en derecho anglo-americano se denomina una *no profit society* cuya función "*sólo es la de organizar relaciones entre empresas co-ventures*" ⁽⁴⁾. Esta forma de joint venture instrumental termina en la gestación del negocio, o sea en la instalación para su inicio y allí concluye.

La operacional alude y dice relación con la explotación del negocio mismo a la que concurren dos o más empresas organizadas para este efecto. Esta forma se identifica con el concepto de joint venture del tratadista argentino Saúl Argeri que señala lo que sigue, y que recogió sustancialmente en Chile don Fernando Fueyo Laneri ⁽⁵⁾: "*remite a la asociación de dos o más sociedades (empresas) unidas para realizar operaciones civiles o comerciales de gran envergadura económico-financiero, con objetivos limitados, dividiéndose la labor según aptitudes y posibilidades y soportando los riesgos correspondientes según convenios que establecen entre ellas*" ⁽⁶⁾.

Otro aspecto de reflexión en torno al tema joint venture, para fines de ilustrar lo novedoso de la institución mencionada, es el hecho que a la fecha actual dichas materias generalmente no se enseñan ni se contemplan en los programas de estudios

3).- Enrique Aimone Gibson.

4).- Enrique Aimone Gibson.

5).- Saúl Argeri: Diccionario de Derecho Comercial y de la Empresa. Edición Astrea Argentina 1982. Fernando Fueyo Laneri: Los Contratos de Colaboración Empresarial, Ed. Jurídica de Chile 1991

6).- Saúl Argeri.

de las distintas Facultades de Derecho del país, cuestión que no deja de llamarnos la atención y preocuparnos.

Hay, en nuestra opinión, por cierto un problema de orden cultural, ya que, éste así como otros temas de alto interés e importancia en estas materias se ignoran o desconocen. Por ello, el joint venture constituye un desafío y una novedad para el país y que requiere sea asumido con creatividad de parte del estudioso dejando de lado ciertas concepciones conservadoras que

continúan acariciando antiguas tipologías, arquetipos y ropajes jurídicos tradicionales, sin reparar que el mundo cambia inevitablemente.

A nivel latinoamericano es necesario y deseable esperar que los empresarios elaboren políticas de integración y de colaboración mutua, cuestión que requiere sea incentivada por los estados de la región. Para estos fines el joint venture aparece como un factor coadyuvante e incentivador tanto a nivel empresarial como a nivel macroeconómico y así también lo creemos respecto a las uniones transitorias de empresas y los contratos de colaboración empresarial. En este sentido nos parece relevante el proceso generado en el marco del Tratado de Integración, Cooperación de y Desarrollo de 1988 relativo al *Mercosur*, que involucra a Brasil, Argentina y Uruguay.

A nivel de Derecho Comparado Latinoamericano Argentina se ubica actualmente a la vanguardia en estas materias, ya que en virtud de la reciente Ley Nº 19.550 de 1983, se reconoce expresamente el estatuto jurídico autónomo de las convenciones denominadas *uniones transitorias de empresas y contratos de colaboración empresarial*.

Por todo lo señalado, el contrato de joint venture constituye un novedoso desafío para los Estados Latinoamericanos, sus empresarios y estudiosos del derecho, sobre todo en la perspectiva de su recepción en los derechos internos, ya que, según se dijo, ciertas inversiones y proyectos complejos de gran envergadura para nuestras economías, que contarán con el concurso de socios extranjeros, requerirán de su necesaria implementación jurídica para su exitosa materialización.

Santiago de Chile, Junio de 1992.-