

Sobre el *joint venture* y la necesidad de su regulación legal ^(*)^(**)

Juan Luis Hernández Gazzo

Bachiller de la Facultad de Derecho de la PUCP.
Ex-miembro del Consejo Directivo de IUS ET
VERITAS y miembro de la Asociación Civil IUS
ET VERITAS.

En el presente artículo pretendemos efectuar un estudio sobre los aspectos que consideramos más relevantes del *joint venture*. Como sabemos, esta figura mercantil está teniendo un notable desarrollo en nuestro medio, constituyéndose en un instrumento de mucha utilidad para la realización de distintos negocios.

Empero, consideramos que el auge que ha tenido esta figura mercantil en la práctica comercial, no ha tenido un reflejo en el tratamiento doctrinario y legislativo que de la misma se ha hecho. Efectuamos la presente entrega con el objetivo de contribuir en algo a dicho estudio.

I. MARCO GENERAL SOBRE EL *JOINT VENTURE*.

I.1 Origen.

Para poder explicar el origen del *joint venture* tenemos que recurrir a la jurisprudencia norteamericana, ya que en dicho sistema -perteneciente al *Common Law*- surgió esta figura.

La investigación sobre el surgimiento del *joint venture* nos obliga al estudio de la *partnership* estadounidense, dado que a ella se le considera como el origen de la primera. Consideramos que teniendo en claro esta

forma asociativa, podremos con mayor facilidad entender por qué surge el *joint venture* y, por ende, saber a qué necesidades sociales respondió ⁽¹⁾.

Como dice Le Pera, el término «*partnership*» se ha usado para designar la relación que existe entre dos o más personas que realizan un negocio en común, así como la relación entre aquéllas y terceros ⁽²⁾.

El tema de la *partnership*, en el derecho estadounidense, ha estado siempre asociado a la figura de la representación. Ello se debe a que para proteger a los terceros que contratan con la *partnership*, representada por uno de sus integrantes, se asume -así lo hizo la jurisprudencia norteamericana- que ante un incumplimiento, todos los integrantes de la *partnership* eran solidariamente responsables frente al tercero contratante, cuya acreencia había sido vulnerada. Es así que se entendió que, al momento de actuar, la *partnership* se convertía en una forma de representación, y de esta manera, pese a que los integrantes de la *partnership* podrían haber pactado su responsabilidad de manera distinta, sus miembros -denominados *partners*- eran siempre responsables solidarios frente a cualquier actuación, de alguno de ellos, con terceros.

Por otro lado, la tendencia en los países del *Common Law* ha sido la de no considerar con personalidad jurídica a la *partnership*. Por lo tanto, ésta represen-

(*) A mis padres y a Claudia, por su apoyo constante.

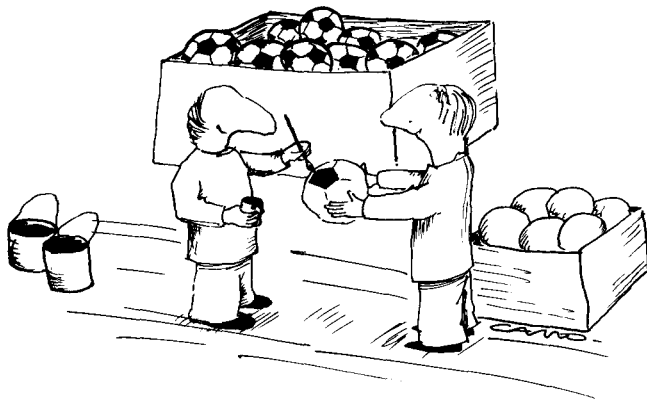
(**) Agradecemos a Daniel Abramovich Ackerman por los comentarios vertidos al proyecto de este artículo, los mismos que nos fueron de mucha utilidad.

(1) Sobre el surgimiento del *joint venture* y su relación con la figura del *partnership*, hemos seguido a: LE PERA, Sergio. *Joint venture y sociedad*. Editorial Astrea, Buenos Aires, págs. 29-80.

(2) LE PERA, Sergio. Op. cit., pág. 29.

taría sólo un acuerdo entre los *partners*, para la realización de un negocio común -pactado de manera general y sin restricción alguna-, que para efectos de publicidad podría tener un nombre común, pero no una personalidad jurídica distinta.

Durante una buena parte del siglo XIX, la jurisprudencia norteamericana no limitó, de forma alguna, el tipo de sujetos que podría formar una *partnership*. Por ende, tanto personas naturales como empresas -personas jurídicas denominadas *corporations*- podían unirse para la realización de un negocio común no determinado -pactado de manera general y sin restricción alguna a través de una *partnership*.



Empero, décadas más, en el mismo siglo XIX, se comenzó a cuestionar el hecho de que las *partnerships* fueran formadas, y, por lo tanto, integradas por *corporations*. Tal cuestionamiento, como refiere Le Pera, tenía su sustento en la doctrina de la actuación *ultra vires*.

Se argumentaba que las *corporations* tenían un objeto social claramente determinado, y que si formaban parte de una *partnership* -la cual tenía un objeto amplio y no determinado-, probablemente, al actuar a nombre de la *partnership*, los representantes de la *corporation* se podrían exceder en las facultades que estrictamente les correspondían, y que habían sido

otorgadas por el estatuto de la *corporation*. En tal sentido, ante un incumplimiento de la *partnership* frente a terceros, la o las *corporations* que la integraran podrían alegar la exoneración de su responsabilidad, basadas en que sus representantes no tenían las facultades para realizar negocios no determinados -propios de una *partnership*-, que excedían el objeto social de la *corporation*, miembro de una *partnership*. Las potestades otorgadas por la *corporation* a sus representantes estaban limitadas al objeto social de ésta -negocio o actividad claramente determinada-.

En consecuencia, los tribunales, ante una situación como la descrita, tendrían que inclinarse por exonerar de responsabilidad a la *corporation*, responsabilizando sólo al representante, rompiendo el principio jurisprudencial de responsabilidad solidaria frente a terceros, entre todos los miembros de una *partnership*.

La rigidez descrita en la regulación del objeto social de las *corporations* originó una nueva tendencia jurisprudencial, en virtud de la cual las *corporations* no podrían formar parte de una *partnership*. En consecuencia, la *partnership* quedaba como una figura comercial exclusiva para personas naturales.

Dada esta rigidez, las *corporations* buscaron la manera de poder unirse para la realización de un negocio sin atentar contra los criterios de la jurisprudencia vigente en esos momentos. La forma que encontraron fue la de unirse, ya no para la realización de un negocio no determinado, amplio y genérico, sino la de juntarse para la realización de un negocio concreto y determinado que estuviera contemplado dentro de su objeto social. Tales uniones, para diferenciarlas de las *partnerships*, recibieron la denominación de *joint adventures*.

Con relación al término «*joint adventure*», vale citar al profesor argentino Farina, el mismo que afirma que «La jurisprudencia norteamericana comienza a utilizar la expresión *joint adventure* a principios del siglo XIX. Luego, la jurisprudencia y la práctica mercantil abreviaron la frase utilizando la expresión *joint venture*, la cual -pese a que quizás es más correcta la anterior- se consagró definitivamente no sólo en los Estados Unidos de Norteamérica, sino en todo el mundo»⁽³⁾.

Asimismo, sobre la aparición de la expresión «*joint venture*», citamos la opinión del Colegio de Abogados de Lima señalada en una ponencia, a saber: «La aparición de la expresión *joint venture* está ligada a la «*general partnership*» del *Common Law* de los Estados

(3) FARINA, Juan M. Contratos comerciales modernos. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1993, pág. 744.

Unidos (...) Las primeras normas sobre corporaciones en los Estados Unidos excluyeron a éstas de la posibilidad de formar *partnerships*; sin embargo, dentro de su actuación económica, las corporaciones se asociaron entre sí para el desarrollo conjunto de una explotación o negocio específico que no justificaba la creación de una nueva corporación no deseada, denominando a sus contratos «*joint ventures*» ante la imposibilidad de conformar *partnerships* e introduciendo algunos pactos especiales»⁽⁴⁾.

Finalmente, y a mayor abundamiento sobre el particular, reproducimos la opinión de Le Pera acerca de la vinculación existente entre las *partnerships* y los *joint ventures*. Dice el citado autor que «... cuando los tribunales se encontraron con *corporations* que habían entrado en una relación que debía calificarse de *partnership* recurrieron, para evitar la aplicación de la doctrina que prohibía tal participación, a una *distincio*. Para ello utilizan la expresión *joint venture*, la relación que resulta de la coparticipación de un proyecto específico, a las que se le aplican las reglas de la *partnership* pero respecto de la cual, al no llamarse *partnership* sino de otro modo, la norma prohibitiva no es aplicable. De este modo la incompatibilidad entre *partnership* y *corporation* quedaba derogada cuando la *partnership* era limitada en su propósito, es decir, cuando se trataba de una «*partnership* para un único proyecto», la participación en una común específica aventura»⁽⁵⁾.

Por todo lo antedicho, consideramos que la explicación sobre el origen del *joint venture* se halla en el *Common Law*, a partir de la figura de la *partnership*, tal como lo hemos descrito en los párrafos anteriores. Conocer el origen de esta figura, redundará, sin duda alguna, en un mejor análisis y comprensión sobre la misma.

I.2 Concepto.

Al ser el *joint venture* una figura mercantil relativamente moderna en el mundo, y casi nueva en el Perú, darle una definición es -y ha sido- una tarea bastante complicada, por decir lo menos, incluso para

los especialistas en la materia.

La mayoría parece aceptar que el término «*joint venture*» contiene dentro de sí múltiples variantes y subcategorías, lo que nos llevaría a concluir que el ensayo de una definición tiene que ser forzosamente amplia, pues de lo contrario se estaría cercenando la riqueza del vocablo «*joint venture*».

Muchos sostienen, a su vez, que el frecuente uso de esta figura en el mundo se debe a la flexibilidad que de su uso se desprende. Dado que estamos frente a una figura mercantil, usada tanto para el comercio, la minería, la industria, la actividad petrolera, la construcción, etc. -ramas de la actividad comercial que necesitan criterios legales no rígidos-, el *joint venture* se constituye en una forma asociativa tremendamente atractiva.

Veamos qué ha entendido la doctrina por *joint venture*, cuáles son sus características centrales y qué tipos de *joint venture* existen.

I.2.1 *Definiciones doctrinarias*. El profesor argentino Farina, reconociendo la dificultad de definir al *joint venture*, propone considerarlo como «un acuerdo que se celebra entre dos o más empresas que mantienen sus respectivas autonomías jurídicas con el fin de realizar un objetivo común mediante la aportación de recursos y la administración compartida de ellos»⁽⁶⁾.

Los especialistas nacionales Talledo y Calle, sostienen que el «*joint venture* es el contrato por el cual dos o más partes, (personas naturales o jurídicas), acuerdan participar conjuntamente en un negocio, obra o explotación específicos, complementando su capacidad e infraestructura empresariales, a efectos de lograr beneficios económicos»⁽⁷⁾.

La jurisprudencia norteamericana ha entendido que el «*joint venture* es 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 acuerdo también establece una comunidad de intereses y un mutuo derecho de representación dentro del ámbito del proyecto, sobre el cual cada *venturer* ejercerá algún grado de control»⁽⁸⁾.

(4) COLEGIO DE ABOGADOS DE LIMA (Ponencia elaborada por los doctores Enrique Elías Laroza, Julio Salas Sánchez, Juan del Busto Quiñones y José Manuel Calle Fiocco). «Los Contratos de Cooperación Empresarial». En: Cuadernos Tributarios. Asociación Fiscal Internacional (IFA), Grupo Peruano, No. 15, págs. 187-188, julio 1993.

(5) LE PERA, Sergio. Op. cit., pág. 67.

(6) FARINA, Juan M. Op. cit., pág. 750.

(7) TALLEDO, César y CALLE, José Manuel. Manual Societario. Tomo II, Editorial Economía y Finanzas, Lima, 1992, pág. 401.

(8) WILLISTON en W. JAEGUER. Citado por LE PERA, Sergio. Op. cit., págs. 70-71.

Svarcic señala que el «*joint venture* es un contrato de carácter asociativo mediante el cual dos o más personas convienen en realizar un negocio común por un tiempo determinado, acordando obtener un beneficio económico, sin que ello implique renunciar a la personalidad jurídica adquirida»⁽⁹⁾.

Para Rubio Feijó el «*joint venture* es el término que en idioma inglés se usa para identificar el convenio que celebran dos o más personas con el objeto de realizar un negocio en conjunto»⁽¹⁰⁾; sin embargo, reconoce que tan general definición engloba una serie de formas particulares de esta figura mercantil.

Castañeda Ramírez afirma que: «Intentando una definición, podríamos expresar que el *joint venture* constituye una asociación comercial «*sui iuris*», que implica una sucesión de contratos «*ad hoc*», sujeta al propio régimen legal que por delegación de la ley, las partes le otorgan sin crear necesariamente una persona jurídica nueva o distinta a la de sus miembros, y específicamente concebida para unir esfuerzos y recursos destinados a ejecutar uno o más proyectos económicos de duración determinada y carácter específico, motivados por un interés común, que genera una comunidad de intereses pecuniarios, todo con miras a obtener ganancias o sufrir eventuales pérdidas»⁽¹¹⁾.

Cabanellas y Hoague definen al *joint venture* como un «Concepto complejo que puede traducirse, con fines de brevedad, como empresa conjunta. Comprende las operaciones, de muy distintos tipos, mediante las cuales una pluralidad de empresas cooperan entre sí con un propósito determinado, conjunto y limitado, destinando a tal efecto una parte relativamente restringida de sus activos. Dentro de tal figura queda comprendida la *joint venture* en sentido estricto, que es similar a un *partnership* pero que se caracteriza porque su objeto está restringido a operaciones concretas y

limitadas ...»⁽¹²⁾.

Podríamos citar las definiciones de otros autores, pero consideramos que las mencionadas son lo suficientemente gráficas y variadas como para permitirnos extraer ciertos elementos centrales del *joint venture*.

I.2.2 Características centrales del *joint venture*.

Sobre la base de las definiciones antes citadas -entre otras-, podemos inferir ciertas características que la doctrina parece considerar centrales del *joint venture*⁽¹³⁾.

- a) Carácter contractual.- El *joint venture* es un contrato, es decir, un acuerdo entre dos o más partes que se perfecciona con la declaración de voluntad de cada una de ellas.
- b) Negocio específico.- La colaboración empresarial que se deriva de la celebración de un contrato de *joint venture* surge para un negocio específico -carácter *ad hoc*, según Le Pera⁽¹⁴⁾-; en consecuencia, la duración del contrato está en función de la duración del negocio.
- c) Objetivo común.- Las partes contratantes deben compartir un interés común (debe existir comunidad de intereses), que es el que los motiva a involucrarse en un mismo negocio.
- d) Concurrencia de dos o más empresas.- En el negocio deben participar al menos dos empresas, entendiéndose este término en su sentido más lato, el cual incorpora a personas naturales o jurídicas dedicadas a los negocios.
- e) Individualidad empresarial.- Celebrado un *joint venture* las empresas mantienen sus individualidades, no formando una persona jurídica distinta.
- f) Inversión de riesgo.- Se entiende al *joint venture* como una inversión de riesgo, en la cual los *ventureers* no tienen una garantía de devolución de la aportación dada; no es, por tanto, una inversión financiera.
- g) Determinación de la administración de los bienes y recursos.- Todo contrato de *joint venture* debe re-

(9) SVARCIC DE KOCH, Katica. Régimen tributario aplicable a los joint ventures. Trabajo para jornadas de Asociación Fiscal Internacional (IFA), Grupo Peruano, pág. 1.

(10) RUBIO FEIJÓ, Alfonso. «Joint ventures». En: Cuadernos Tributarios. Asociación Fiscal Internacional (IFA), Grupo Peruano, No. 15, julio de 1993, pág. 145.

(11) CASTAÑEDA RAMÍREZ, Luis Hernán. Ponencia General- Parte Jurídica: Los Contratos de Colaboración Empresarial (Joint Venture / Asociación en Participación / Consorcio). En: Cuadernos Tributarios. Asociación Fiscal Internacional (IFA), Grupo Peruano, No. 16, diciembre 1993, págs. 47-48.

(12) CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo y HOAGUE, Eleanor C. Diccionario Jurídico. Editorial Heliasta, Buenos Aires, Tomo I, 1990, pág. 343.

(13) Estos elementos y características centrales del *joint venture* no los hemos extraído de un autor en particular, sino de la lectura de varios de ellos y de la conjunción de sus criterios, principalmente de LE PERA, FARINA y NARVÁEZ.

(14) LE PERA, Sergio. Op. cit., pág. 74.

gular lo concerniente al manejo del negocio común, es decir, lo relativo a la administración de los bienes y recursos destinados a la empresa.

h) Utilidad común.- La utilidad o ganancia generada por el *joint venture* pertenece a todos los *venturers*.

i) Facultad de representar.- Los contratantes tienen la facultad de representar al negocio común; en principio, éste es un derecho de todos los *venturers*. Decimos en principio, porque esta facultad podría ser delegada.

j) Control conjunto.- El negocio producto del *joint venture* es controlado por todas las partes contratantes; es decir, todos tienen a su cargo la gestión del negocio. Al igual que en el literal anterior, debemos decir que esta facultad también puede ser delegada.

k) Participación en las pérdidas.- Generalmente, todas las partes contratantes asumen las pérdidas del negocio.

l) Aportaciones de los contratantes.- Es común al *joint venture* que todas los *venturers* aporten algo al negocio común. Este aporte puede ser en bienes, dinero, derechos, etc.

Queremos resaltar que las características aquí enunciadas sobre el *joint venture*, no son todas aceptadas unánimemente por la doctrina. Como hemos podido apreciar de las citas de los autores transcritas en el acápite anterior, no todos atribuyen idénticas características al *joint venture*.

Cabe enfatizar que dentro de esas características -que no son compartidas por todos- destacan la utilidad común, la facultad de representar, el control conjunto, la participación en las pérdidas y las aportaciones de los contratantes.

Para algunos autores podría pactarse que un contratante no asuma las pérdidas o que reciba una utilidad mayor, o que no participe en la gestión del negocio, o que no represente a la empresa frente a terceros, etc., sin que tal acuerdo deje de ser un *joint venture*; empero, existen los que piensan lo contrario.

Es por ello que -y sólo luego de analizar una figura como la asociación en participación- tomaremos postura sobre cuáles son a nuestro criterio las características centrales de un *joint venture*, sin la presencia de las cuales esa figura cambiaría su naturaleza jurídica.

1.2.3 Tipos de joint venture. En este acápite desarrollaremos varias clasificaciones que sobre los *joint ventures* se han dado en doctrina. Cada una de ellas origina dos o tres tipos de *joint ventures*, los mismos que serán analizados.

a) Por la función. Los *joint ventures* pueden ser

clasificados en instrumentales y operativos.

Los *joint ventures* instrumentales sirven para proyectar la participación en un negocio futuro. Es decir, a través de ellos se «organiza y prepara el diseño de ejecución del proyecto en su momento (...) lo que prima es la preparación de la oferta con miras a desarrollar el negocio una vez decidida su participación en el mismo»⁽¹⁵⁾. Ejemplos típicos de esta forma de *joint ventures* lo constituyen los formados para participar en una licitación.

“...es claro que no existe un tratamiento sistemático e integral del joint venture en nuestra legislación (...) ello puede generar una serie de problemas y distorsiones dentro del mercado”

Los *joint ventures* operativos son los que propiamente se pactan para ejecutar un negocio común. Dicha ejecución será distinta según el negocio de que se trate. Como ejemplos podríamos citar la construcción de una carretera, una explotación minera, etc.

b) Por la nacionalidad de las partes. Los *joint ventures* pueden ser nacionales, internacionales y mixtos.

Si los *venturers* son todos nacionales estaremos frente a un *joint venture* nacional. Por el contrario, si todos los *venturers* son extranjeros, la figura mercantil formada será un *joint venture* internacional. Asimismo, si algunos *venturers* son nacionales y otros extranjeros, nos hallaremos ante un *joint venture* mixto.

c) Por el lugar de ejecución. Los *joint ventures* pueden ser nacionales, internacionales y mixtos.

En caso que el lugar de ejecución del contrato sea el territorio nacional estaremos frente a un *joint venture* nacional. Por el contrario, si dicho lugar es territorio extranjero, se tratará de un *joint venture* internacional. Asimismo, si la ejecución se da tanto en territorio nacional como extranjero, nos hallaremos ante

(15) CASTAÑEDA RAMÍREZ, Luis Hernán. Op.cit., pág. 48.

un *joint venture* mixto.

d) Por la forma jurídica. Los *joint ventures*, pueden ser *joint venture corporation* o *joint venture* contractual.

En el *joint venture corporation*, se considera fundamental que para la ejecución del contrato de *joint venture* deberá crearse una sociedad mercantil, distinta a las contratantes. Cabe resaltar, que a nuestro criterio, el carácter contractual del *joint venture*, descrito líneas arriba, no se ve alterado en lo absoluto por la formación de una persona jurídica distinta a los *venturers*; debemos diferenciar el contrato de *joint venture*, de la forma de ejecución del mismo.

Por el contrario, en el *joint venture* contractual, tal variante no existe, por cuanto no se forma una persona jurídica distinta para ejecutar el *joint venture*.

II. COMPARACIÓN ENTRE EL JOINT VENTURE Y LA ASOCIACIÓN EN PARTICIPACIÓN: HACIA UNA DEFINICIÓN DEL JOINT VENTURE.

II.1 Características centrales de la asociación en participación.

La asociación en participación tiene una regulación propia en nuestro ordenamiento legal. Es así que el Título Único de la Sección Sexta del Libro Tercero de la Ley General de Sociedades -en adelante, LGS- contempla la figura mercantil de la asociación en participación (artículos 398 al 406).

Puente y Calvo definen 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»; agregan además los mencionados autores que al que dirige las operaciones se le denomina «asociante» y a quien participa en los resultados se le denomina «asociado»⁽¹⁶⁾.

Muguillo sostiene que el objeto de la asociación en participación «es la realización de una o más operaciones determinadas y transitorias, mediante aportes a

nombre del socio gestor, no revistiendo el ente carácter de sujeto de derecho y careciendo de denominación social»⁽¹⁷⁾.

Este último autor, basándose en la regulación de la Ley de Sociedades Comerciales argentina, establece como particularidades de la asociación en participación las siguientes: i) se trata de una sociedad anónima u oculta; ii) es transitoria, teniendo por objeto una o más operaciones determinadas; iii) actúa a través de un gestor, en cuyo nombre se realizan las operaciones; y iv) carece de denominación social, no es sujeto de derecho y no se inscribe en los registros públicos⁽¹⁸⁾.

Para Halperin la asociación en participación es una sociedad «meramente interna», carente de personalidad jurídica y de patrimonio autónomo⁽¹⁹⁾.

Cabe resaltar, en relación con la afirmación realizada por el profesor argentino, que algunos sostienen que la asociación en participación es un tipo societario, una sociedad o un contrato de sociedad, al decir de unos⁽²⁰⁾.

Tal como veremos a continuación, en nuestro país dicha polémica no ha surgido con gran importancia, ya que parece claro -pese a que se regula a la asociación en participación en una ley de sociedades- que para nuestro legislador la asociación en participación no es una figura societaria, sino tan sólo contractual. Sin embargo, por encima de nuestra opinión, Muguillo ubica a la asociación en participación peruana dentro de las legislaciones que la regulan como un tipo de asociación, y no como un contrato o una sociedad⁽²¹⁾; postura que, como veremos más adelante, no compartimos.

Luego de haber revisado algunas posturas doctrinarias, nos concentraremos, para el análisis de la asociación en participación, en nuestra propia legislación, con el objeto de encontrar sus particularidades.

Las características centrales de la asociación en participación regulada en la LGS son las siguientes -las mismas que, mayoritariamente, son compartidas por las legislaciones de otros países, como la mexicana y la argentina, según podemos apreciar de las citas antes

(16) Citado por BAUCHE GARCÍA DIEGO, Mario. La Empresa. Editorial Porrúa, México, 1983, pág. 134.

(17) MUGUILLO, Roberto Alfredo. Cuestiones de Derecho Societario. Ediciones Merú, Buenos Aires, 1980, pág. 68.

(18) Ibidem, págs. 72-76.

(19) HALPERIN, Isaac. Curso de Derecho Comercial. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1972, No. 9, Vol. I, pág. 309.

(20) PANTIGOSO VELLOSO DA SILVEIRA, Francisco. «Los Joint Ventures en relación a la Tributación». En: Cuadernos Tributarios. Asociación Fiscal Internacional, No. 15, julio de 1993, págs. 121-144.

(21) MUGUILLO, Roberto Alfredo. Op. cit., págs. 68-69.

referidas- :

a) La asociación en participación es un contrato por medio del cual dos o más personas, representadas por dos partes -asociante y asociado-, acuerdan la realización de uno o varios negocios en común.

El artículo 400 la define como un contrato. En consecuencia, podríamos deducir que estamos frente a un contrato mercantil.

b) En este contrato existen dos partes: el asociante y el asociado.

El asociado es el que aporta bienes o servicios, y el asociante es el que realiza la gestión del negocio y «da la cara» frente a terceros. Los dos participan en la proporción que ambos acuerden en las pérdidas o en las utilidades de uno o varios negocios (artículo 398).

c) La asociación en participación no es una sociedad, y menos aun una persona jurídica, pese a que se encuentra regulada por una ley de sociedades, aquélla no se encuentra dentro de ninguno de los tipos societarios de la LGS.

En tal sentido, el artículo 402 declara que la asociación en participación no tiene personalidad jurídica, ni razón o denominación social.

d) El contrato de asociación en participación debe constar por escrito (artículo 400). Suponemos que esta disposición apunta a facilitar el aspecto probatorio.

Asimismo, el artículo mencionado, establece que el contrato no está sujeto a inscripción en los Registros Públicos.

e) Dado que la asociación en participación no tiene personalidad jurídica, el asociante actúa en nombre propio, generándose sólo entre él y los terceros relaciones jurídicas. Por ende, no existirá relación jurídica alguna entre el asociado y los terceros. Es así que estos últimos contratan y asumen obligaciones exclusivamente con el asociante y no con el asociado, el cual no se obliga a nada frente a los terceros (artículo 401).

f) Como consecuencia de la característica anterior, para efectos de los terceros, los bienes aportados pertenecen al asociante (artículo 404).

Esta regla tiene, sin embargo, dos excepciones, en virtud de las cuales al asociado se le podría reputar como propietario de los bienes frente a terceros:

i. si en el contrato de asociación en participación se estipula lo contrario -que el asociado debe figurar como propietario de los bienes- o se pacta alguna formalidad en ese sentido, y además tal estipulación se inscribe en los registros, o ii. si la estipulación

no ha sido inscrita en los registros, pero se prueba que el tercero tenía o debía tener conocimiento de ella.

g) El manejo del negocio está a cargo del asociante. Sin embargo, el contrato puede determinar el control a ejercerse por el asociado (primer y segundo párrafo del artículo 403).

Nos parece claro que la correcta interpretación del artículo nos llevaría a concluir que siempre el asociante será el que maneje exclusivamente -o, principalmente, de existir un cierto grado de control por el asociado- el negocio objeto de la asociación en participación.

h) El asociado tiene derecho a la rendición de cuentas de parte del asociante (tercer párrafo del artículo 403).

i) El asociado participa de las pérdidas en la misma proporción que en las utilidades, salvo pacto en contrario. Asimismo, las pérdidas que afecten al asociado no podrán superar el monto del aporte realizado (artículo 405).

j) El artículo 406 de la LGS menciona otras dos formas contractuales a las que se aplicarán las características reseñadas en los literales e) y g) antes citados.

La primera de ellas está dada por el contrato por medio del cual una persona se interesa en las utilidades de una empresa sin participación en las pérdidas.

La segunda, es el contrato por el cual a una parte se le atribuye participación en las utilidades y en las pérdidas de una empresa, sin que corresponda un determinado aporte.

Creemos que estas formas contractuales no han querido ser denominadas como asociaciones en participación, sin embargo -y con independencia del problema de la denominación, que no nos parece el relevante- parece claro que dichos contratos tienen una naturaleza bastante semejante, centrada básicamente en la idea de la realización de un negocio en común y en que la representación frente a terceros, así como la gestión del negocio están a cargo del asociante.

II.2 Relación entre el *joint venture* y la asociación en participación regulada en la Ley General de Sociedades.

No existe un único criterio en doctrina para definir la relación existente entre el *joint venture*⁽²²⁾ y la asociación en participación.

(22) Queremos aclarar, para evitar cualquier confusión terminológica, que algunas legislaciones tratan los términos «*joint venture*» y «consorcio» como sinónimos, intentando de esa manera lograr una traducción de dicho término inglés. Tal es el caso de la ley de sociedades brasileña. Ver: TALLEDO, César y CALLE, José Manuel. Op. cit., pág. 414. Empero, ello no quiere decir que dichos conceptos sean equivalentes en todas las legislaciones.

En este acápite trataremos de analizar la vinculación que puede existir entre la asociación en participación, regulada en nuestra LGS, y el *joint venture*.

Doctrinariamente, podemos sostener que existe una postura -dentro de otras- que tiende a igualar los conceptos de asociación en participación y *joint venture*.

Pantigoso, reconociendo la existencia de discrepancias, sostiene que «los *joint ventures*, consorcios y otras formas asociativas empresariales pueden asimilarse a las sociedades accidentales o en participación ...»⁽²³⁾.

Para el citado autor, las críticas que se efectúan frente a la posibilidad de asimilar los *joint ventures* a las asociaciones en participación son fácilmente descartadas, en tanto que no constituyen diferencias en la esencia de las figuras. Así es que la ausencia de características de la asociación en participación, como la no existencia de relación jurídica entre asociado y terceros, la responsabilidad exclusiva del asociante con los terceros, etc., no hacen que ella pierda su carácter de tal⁽²⁴⁾.

En consecuencia, desde esa óptica, se sostiene la equivalencia entre asociación en participación y *joint venture*.

Otra postura doctrinaria tiende a afirmar que la diferencia entre asociación en participación y *joint venture* es bastante clara. Aníbal Sierralta afirma -en referencia al *joint venture*- lo siguiente: «Otros la asimilan a la figura de la asociación en participación o cuentas en participación. Incluso se llega a señalar que el *joint venture* tiene en el Perú su marco normativo básico en la asociación en participación. Lo cual no deja de ser una exageración pues en la asociación o cuentas en participación el asociado aporta bienes o servicios para que el asociante actúe en nombre propio; en cambio en la *joint venture* los participantes actúan abiertamente en la operación. En la asociación y principalmente en las cuentas en participación hay participantes ocultos, lo que no sucede con el *joint venture*, donde no se busca el carácter oculto de los participantes; sino lo contrario»⁽²⁵⁾.

Es fácil darse cuenta la oposición absoluta que existe entre la postura de Pantigoso y la de Sierralta; el mismo debate se reproduce de manera general en la doctrina.

Sierralta, usando las mismas características y razones que Pantigoso, llega a una conclusión total-

mente opuesta. Sostiene que la asociación en participación y el *joint venture* son figuras distintas.

Así como sostuvimos que para Pantigoso la ausencia de las características de la asociación en participación reseñadas -a saber, no existencia de relación jurídica entre asociado y terceros, responsabilidad exclusiva del asociante con los terceros, entre otras- no era sustancial para determinar la esencia de la figura, para Sierralta la presencia de tales características es determinante para sostener que, como ellas no están presentes en los *joint ventures* -según la doctrina-, la asociación en participación es un contrato totalmente distinto al de *joint venture*.

Como podemos apreciar, doctrinariamente, existen posturas radicalmente opuestas acerca de la relación entre *joint venture* y asociación en participación. Es por ello que, y con el ánimo de tener un referente más concreto, pretendemos usar para nuestro análisis comparativo el concepto que sobre la asociación en participación desarrolla nuestra legislación; por otro lado, en el caso del *joint venture* usaremos el concepto derivado de su origen en el *common law* -el cual es el más preciso, ya que representa el porqué del surgimiento de esta figura en la práctica mercantil-.

Sobre la base de lo dicho en el párrafo anterior, creemos que el *joint venture* y la asociación en participación regulada por la LGS son figuras contractuales y mercantiles totalmente independientes, que si bien tienen una serie de características comunes -ser formas de colaboración empresarial, tener como objeto uno o más negocios concretos, no ser personas jurídicas, ser contratos, mantener la individualidad empresarial, la concurrencia de dos o más empresas, entre otras-, no terminan siendo por ello figuras legales equivalentes.

Dentro de esta idea, las características diferenciadoras más saltantes, entre una figura y otra, serían:

- i. el asociante es el único que «da la cara» a terceros en la asociación en participación, mientras los asociados no establecen relación jurídica alguna con los mismos; por el contrario, es típico en el *joint venture* que todos sus contratantes «den la cara» del negocio frente a terceros, estableciendo relaciones con ellos; y,
- ii. el manejo del negocio en una asociación en participación lo tiene el asociante, generalmente, de

(23) PANTIGOSO VELLOSO DA SILVEIRA, Francisco Manuel. Op. cit., pág. 132.

(24) Ibidem, págs. 132-133.

(25) SIERRALTA RÍOS, Aníbal. «El contrato de *joint venture*». En: Cuadernos Tributarios. Asociación Fiscal Internacional, No. 15, julio de 1993, págs. 197-209.

manera exclusiva; por otro lado, el negocio objeto del *joint venture* es controlado por todas las partes contratantes, es decir, todos tienen a su cargo la gestión del negocio.

En consecuencia, y de acuerdo a la legislación que en nuestro país existe en materia de asociación en participación, así como al concepto que sobre el *joint venture* surgió en el derecho norteamericano, concluimos que la asociación en participación y el *joint venture* son figuras mercantiles distintas y que pese a tener muchas similitudes no pierden su independencia.

“...el término «joint venture» contiene dentro de sí múltiples variantes y subcategorías, lo que nos llevaría a concluir que el ensayo de una definición tiene que ser forzosamente amplio, pues de lo contrario se estaría cercenando la riqueza del vocablo «joint venture»”

II.3 Definición sobre el *joint venture*.

Hemos visto en párrafos anteriores distintas posiciones doctrinarias sobre el *joint venture*. Pudimos darnos cuenta de que ninguna de ellas era idéntica y que diferían en una serie de aspectos. Sin embargo, con un fin básicamente didáctico, y siguiendo el íntegro de los elementos mencionados en dichas definiciones, elaboramos un catálogo de características y elementos que distinguían o daban contenido al concepto de *joint venture*.

Pese a ello, quisimos reservar nuestra definición sobre el *joint venture* para un momento posterior al análisis de una figura como la asociación en participación, por cuanto pensábamos que, como consecuencia de la comparación de ambas figuras, quedaría más claro el concepto y verdadera naturaleza del *joint venture*.

Por otro lado, fortalece nuestra idea de crear una propia definición de *joint venture*, el hecho de que no exista en nuestro medio definición legal alguna de esta figura.

Es así que podríamos definir al *joint venture* como un acuerdo entre personas naturales o jurídicas

para participar en un negocio específico, basado en una comunidad de intereses, con el fin de obtener una utilidad común, sin que se forme una persona jurídica distinta, en el cual todos sus participantes son responsables frente a terceros y tienen la administración, el control, la gestión y representación del negocio común.

III. TRATAMIENTO DE LA LEGISLACIÓN PERUANA EN MATERIA DE *JOINT VENTURE*.

Consideramos importante analizar el tratamiento que nuestra legislación ha dado al *joint venture*, teniendo en cuenta que existen algunas normas legales que han hecho referencia a dicha figura. Mencionaremos, básicamente, todas esas normas, clasificándolas según el grado de mención que sobre el *joint venture* tengan.

III.1 Normas que no mencionan el término «*joint venture*» pero que aluden a él, sin definirlo.

- El inciso c) del artículo 2 del Decreto Legislativo No. 674, vinculado al crecimiento de la inversión en el ámbito de las empresas que conforman la Actividad Empresarial del Estado, regula como modalidad de ese tipo de inversión a los contratos de asociación en participación, prestación de servicios, arrendamiento, gerencia, concesión y otros similares.

Dentro del término «otros similares» deberíamos comprender a la figura del *joint venture*. Empero, esta norma no hace definición alguna sobre el particular.

- El inciso 8 del artículo 5 del Decreto Supremo No. 29-94-EF -Reglamento del Decreto Legislativo No. 775, Ley del Impuesto General a las Ventas e Impuesto Selectivo al Consumo- en lo que podría entenderse como una transgresión al principio de legalidad que rige en materia tributaria, decide ampliar los sujetos del impuesto establecidos por ley, aludiendo a «contratos similares» a la asociación en participación.

En conclusión, deberíamos comprender a los *joint ventures* dentro de dicha mención.

III.2 Normas que no mencionan el término «*joint venture*» pero que aluden a él, definiéndolo igual que la asociación en participación.

- El inciso h) del artículo 1 del Decreto Legislativo No. 662 establece como modalidad de inversión extranjera -que se realicen en actividades económicas generadoras de renta- a los recursos destinados a contratos de asociación en participación o similares. Dentro del término «similares» deberíamos comprender a la

figura del *joint venture*.

Adicionalmente, se esbozan ciertas características generales -principalmente, el carácter contractual y la participación en una empresa sin que ello suponga participación en un capital social-, sin hacer diferencia alguna entre la asociación en participación y esas otras figuras similares.

III.3 Normas que sólo mencionan la figura del *joint venture* pero sin definirla.

- El artículo 1 del Decreto Supremo No. 010-88-PE, vinculado a las modalidades de operaciones conjuntas de pesca.

Esta parece ser la norma que por primera vez menciona el término *joint venture* en el Perú, pero no lo define.

- El artículo 2 del Decreto Ley No. 26120 -que modificó el artículo 2 del Decreto Legislativo No. 674- menciona expresamente al contrato de *joint venture* como una de las modalidades de crecimiento de la inversión privada en las empresas estatales. La norma derogada no hacía expresa mención al *joint venture*, pero lo entendíamos comprendido. Esta norma no otorga ninguna definición de *joint venture*.

- El último párrafo del artículo 14 del Decreto Legislativo No. 774 -Ley del Impuesto a la Renta- hace referencia al *joint venture*, al desarrollar el tema de los sujetos del impuesto, a efectos de no considerar sujetos del impuesto a los tres contratos de colaboración empresarial más conocidos, a saber: el *joint venture*, la asociación en participación y el consorcio. Sin embargo, la misma norma tributaria no define dichas figuras.

III.4 Normas que mencionan la figura del *joint venture* y la definen.

- Los artículos 204 y 205 del Decreto Supremo No. 014-92-EM, Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, que recoge las disposiciones del Decreto Legislativo No. 708 -Ley de Promoción de Inversiones en el Sector Minero-, dentro de las modalidades de contratación minera, se refiere a la figura del *joint venture*, bajo la denominación de *joint venture* o contrato de riesgo compartido.

Asimismo, se describen ciertas características generales del *joint venture*, como son su carácter asociativo y contractual, la idea de la realización de un negocio común y la gestión compartida del negocio.

Cabe resaltar que esta norma establece que los contratos de *joint venture* deben formalizarse por escritura pública e inscribirse en el Registro Público de Minería.

- El párrafo a.3 del inciso a) del artículo 1 del

Decreto Supremo No. 162-92-EF -Reglamento de los Decretos Legislativos No. 662 y 757- establece los regímenes de garantía a la inversión privada, equiparando al *joint venture* con una inversión de riesgo.

Esta norma, a su vez, enumera ciertas características del *joint venture*, a saber: el carácter contractual y la no existencia de aportes al capital social.

Es importante resaltar que para dicha norma, el *joint venture* y la asociación en participación son dos figuras mercantiles distintas.

Creemos que esta visión panorámica del *joint venture* en la legislación nacional puede darnos una idea, más o menos, clara acerca del tratamiento que dicha figura ha recibido en nuestro país.

Algunas normas sólo nombran la figura -bajo el rubro de «contratos similares» o por el nombre de «*joint venture*»-; otras en cambio, adicionalmente, la definen. Empero, es claro que no existe un tratamiento sistemático e integral del *joint venture* en nuestra legislación. Veremos, más adelante, cómo ello puede generar una serie de problemas y distorsiones dentro del mercado.

IV. ¿EXISTE NECESIDAD DE REGULAR LEGALMENTE Y DE MANERA INTEGRAL EL *JOINT VENTURE*?

IV.1 Postura de la legislación peruana.

En el punto III precedente hemos citado la legislación peruana relacionada con el contrato de *joint venture*.

Si bien existe legislación peruana sobre *joint venture*, no creemos que exista una regulación legal propiamente dicha. Afirmamos esto, basados en que las normas reseñadas en este trabajo lo único que hacen es enunciar la figura contractual del *joint venture* o, a lo más, dar una escueta definición de lo que entienden por *joint venture*.

Consideramos que el enunciar la figura del *joint venture* o definirla brevemente no es regularla legalmente, pues esto último supone un tratamiento integral de los problemas que de su uso se pueden derivar.

Por otro lado, como hemos podido constatar, el tratamiento es dispar y se produce a través de varias normas, las cuales otorgan distintos *nomen iuris* a la figura y la definen cada una a su manera.

Parecería ser que nuestros legisladores, al no elaborar un texto integral que regule los contratos de colaboración empresarial, en general, o el contrato de *joint venture*, en particular, se adscriben a la postura doctrinaria que considera como más saludable no regular este tipo de figuras, por cuanto las bondades de su

uso emanan justamente de su no regulación, lo cual deriva en una gran flexibilidad para los interesados en celebrar un contrato de este tipo.

En este punto, intentaremos comprobar ciertos problemas, que a nuestro criterio, surgen de la adopción de la postura antes esbozada.

IV.2 Problemas originados por la no regulación legal del contrato de *joint venture*: el tema de los costos de transacción.

Ronald Coase, Profesor Emérito de la Escuela de Leyes de la Universidad de Chicago, recibió hace pocos años el Premio Nobel de Economía. Tal distinción le fue otorgada a un profesor de Derecho por sus aportes a la comprensión del diseño institucional de la economía y la comprensión del diseño de los distintos sistemas jurídicos. El citado autor es uno de los creadores del llamado «Análisis Económico del Derecho» o «*Law and Economics*»⁽²⁶⁾.

En 1960, Coase en un artículo titulado originariamente «The Problem of Social Cost», dejó establecido lo que más adelante sería denominado como el «Teorema de Coase»⁽²⁷⁾.

En dicho artículo, su autor desarrolla el concepto de los **costos de transacción**. A la base de la creación del concepto de costos de transacción, se encuentra la idea, simple y sencilla, pero jamás visualizada antes, de que contratar cuesta, de que celebrar un contrato acarrea una serie de costos. Por lo tanto, para utilizar el contrato -dentro del mercado- como eficiente mecanismo de asignación de recursos, debemos tener en cuenta cuán costoso es su uso; si los costos son altos, tal vez convendría que el Estado intervenga, para reducir esos altos costos⁽²⁸⁾.

Dentro de los muchos costos que se pueden derivar de la celebración de un contrato, consideramos que uno importante puede estar dado por la no regulación legal de un tipo contractual. Esa no regulación puede acarrear dudas respecto de su contenido, formalización, contenido de las cláusulas, etc. Todas esas dudas, al momento de celebrar un contrato, se traducen en mayores costos, como son, por ejemplo, los relacionados a la negociación del contrato.

En este punto queremos analizar el tema de la publicidad del contrato y el de la negociación del mismo, siempre bajo la óptica de los costos de transacción. Ello nos permitirá comprobar si es cierta la teoría de que respecto de estas figuras contractuales modernas -me refiero en general a los contratos de colaboración empresarial-, provenientes del derecho anglosajón, lo mejor es no regularlas, pues una de las razones principales de su uso -según esta posición- radica en que las partes pueden amoldar fácilmente la figura contractual a sus intereses, dado que no existe regulación sobre el particular; o si, por el contrario, el no regular estas figuras contractuales, encarece su uso, haciendo menos eficientes las transacciones y desincentivando su celebración. Parecería, como ya lo hemos visto, que tanto la doctrina como nuestra legislación tienden mayoritariamente a defender como cierta la primera de las posturas reseñadas.

IV.2.1 *Problemas originados por la no publicidad del contrato de joint venture*. Al no existir una regulación legal integral sobre el contrato de *joint venture*, no existe una norma que establezca la obligación de inscribir en los Registros Públicos un contrato de esta naturaleza, a sola excepción del *joint venture* minero, cuya norma pertinente obliga a la inscripción del contrato en el Registro Público de Minería; salvo ese caso, el contrato de *joint venture* es uno de carácter oculto, ya que sólo las partes contratantes podrían conocer de su existencia y contenido.

En general, en nuestro ordenamiento, a la mayoría de los contratos no se les exige la inscripción en Registros Públicos como un requisito de eficacia de los mismos; los contratos, al menos en teoría, suelen surtir sus efectos de manera plena con su sola celebración.

Empero, resulta evidente que la inscripción en Registros Públicos de algún derecho, o de un contrato que contenga derechos, es beneficiosa en términos sociales y económicos, en tanto que brinda seguridad jurídica a los operadores dentro del tráfico comercial, a través de la información que se brinda por medio de este mecanismo. Es así que se otorga publicidad a lo registrado, generando una presunción *iuris et de iure*, brindando a terceros una información que se presume cierta sin que quepa prueba en contrario⁽²⁹⁾.

(26) BULLARD G., Alfredo. «Ronald Coase y el Sistema Jurídico: a propósito del Premio Nobel de Economía». En: Materiales de Lectura de Análisis Económico, pág. 2.

(27) POLINSKY, Michell. Introducción al Análisis Económico del Derecho. Editorial Ariel S.A., Barcelona, pág. 23.

(28) BULLARD G., Alfredo. Op. cit., págs. 2-3.

(29) Esta presunción *iuris et de iure* ha sido consagrada por nuestro ordenamiento en el artículo 2012 del Código Civil, a saber: «Se presume, sin admitir prueba en contrario, que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones».

La importancia de la publicidad, a través de las inscripciones en los Registros Públicos, radica en que:

i) Los que recurren a la inscripción generan, respecto de los derechos inscritos, una **oponibilidad** frente a terceros, es decir, una protección del derecho inscrito basada en la publicidad.

Se presume que los terceros conocen el contenido de lo registrado, con lo que no podrán aducir luego que no tenían conocimiento de que los sujetos que han registrado tales derechos efectivamente son los titulares de ellos. Por tanto, todos los terceros tienen la obligación de respetar esos derechos, no pudiendo alegar su vulneración por el no conocimiento de dicha situación, pues la presunción de conocimiento no admite prueba en contrario.

ii) Los terceros que de alguna manera van a vincularse con otras personas respecto de derechos inscritos, obtienen **predictibilidad** en su actuar. Dicha predictibilidad se genera por la información a la que ellos -como cualquier otro sujeto- tienen acceso.

Por lo tanto, los terceros que deseen adquirir un inmueble, contratar con el representante de una sociedad, prestar dinero a una empresa, etc., podrán hacer cálculos que les permitan evaluar, en base a la información obtenida -si el que le vende es propietario del inmueble que desean adquirir, si el que se dice representante de la sociedad en verdad lo es y si tiene facultades para celebrar el negocio requerido, si el capital de la empresa demuestra solidez como para asumir una deuda sin gran riesgo para el prestamista, etc.-, si les conviene o no llevar a cabo tal acto⁽³⁰⁾.

En las siguientes líneas, analizaremos los posibles efectos y consecuencias de la no publicidad del contrato de *joint venture*. Para llevar a cabo tal estudio, nos centraremos en dos temas: los terceros vinculados al *joint venture* y la libre competencia.

IV.2.1.1 Inseguridad jurídica: el derecho de los terceros. Según lo señalado por el artículo 4 de la LCS, el contrato de sociedad debe constar en escritura pública e inscribirse en el Registro Mercantil del lugar del domicilio de la sociedad. En estos casos, la persona jurídica sólo existe desde el momento en que se verifica su inscripción, antes de ese hecho no existe sociedad alguna, tan sólo un contrato.

Consideramos que la racionalidad que está detrás de la exigencia del requisito de inscripción del contrato de sociedad como condición para el surgimiento de una persona jurídica distinta a los contratantes,

radica justamente en las múltiples relaciones que esa sociedad, como tal, va a tener con terceros dentro del tráfico comercial. Se busca, en consecuencia, que los terceros tengan información sobre determinados aspectos que pueden resultar fundamentales a la hora de establecer contactos comerciales (existencia de la sociedad, monto de la cuenta capital, derecho de preferencia en la venta de acciones, representantes, domicilio, etc.). Asimismo, se busca generar oponibilidad respecto del contenido del contrato social; nadie a su vez podrá cuestionar la existencia de la sociedad, la cifra del capital, la existencia de derecho de preferencia en la venta de acciones, las facultades del representante, etc., pretendiendo atacar alguno de estos aspectos amparado en un supuesto desconocimiento de tales situaciones.

Por lo tanto, la obligación de inscribir el contrato de sociedad como requisito para la existencia de la persona jurídica creada, genera la oponibilidad de lo inscrito -sobre la base de la publicidad- y la predictibilidad necesaria para el actuar económicamente racional de los terceros que desean vincularse con la persona jurídica en cuestión -también sobre la base de la información proporcionada por el registro-.

Creemos que, al formar el contrato de *joint venture* una empresa para un negocio común, sobre la base de la cual se va a relacionar con terceros, no existe un argumento determinante que nos lleve a la conclusión de que, si bien el contrato de sociedad debe ser registrado, no existe razón alguna para hacer obligatoria la inscripción del contrato de *joint venture*.

Dada la ausencia de normatividad al respecto, se puede generar una gran inseguridad jurídica para los terceros acreedores o contratantes con un *joint venture*. Los terceros -dentro de un sistema que no exija la inscripción del contrato de *joint venture*- no podrán saber a ciencia cierta si el supuesto *joint venture* existe o no, ni hasta dónde alcanza la responsabilidad patrimonial del *joint venture* en un negocio cualquiera, ni cuál es el patrimonio afectado al *joint venture*, ni qué facultades tiene el representante -y finalmente, quién es-, tampoco quiénes son sus integrantes, quién tiene la gestión del negocio, cuál es la duración del negocio, etc. Nada de ello podrá saberse a cabalidad mientras que el contrato de *joint venture* sea un contrato oculto para terceros; sin embargo, como empresa estarán en continuo contacto con aquéllos.

Estos terceros, potenciales contratantes con el

(30) Para abundar sobre publicidad, información, oponibilidad y predictibilidad, recomendamos ver: BULLARD G., Alfredo. La relación jurídico patrimonial. Lluvia editores, Lima, 1990, págs. 116-123.

joint venture, al no tener determinada información fiable que consideren central para la contratación, se hallarán en un clima de inseguridad jurídica que los llevará a no contratar o a encarecer los costos propios de la transacción, pues al realizar su análisis de costo-beneficio para determinar si celebran o no el contrato, dentro de la variable costos tendrán que incorporar el riesgo producto de la inseguridad de no contar con una información plena y confiable sobre la empresa *-joint venture-* con la cual contratan. Esto hará que la transacción sea más onerosa, en términos económicos.

Para el caso del contrato de asociación en participación, regulado por nuestra LGS, no es requisito la inscripción de éste en el registro. El artículo 400 del citado cuerpo legal, a la letra, establece que «El contrato de asociación en participación debe constar por escrito, y no está sujeto a inscripción en el registro».

En el desarrollo del presente trabajo -específicamente, en el punto II-, hemos sostenido la tesis de que el contrato de asociación en participación es uno distinto al de *joint venture*. No obstante, y en atención a las múltiples características comunes que tienen ambas figuras mercantiles, creemos que todo lo dicho respecto a la necesidad de inscribir el contrato de *joint venture* en el registro, es igualmente aplicable al contrato de asociación en participación.

A modo de ejemplo, en materia de legislación comparada, y reforzando lo antes expuesto, cabría citar la Ley argentina 22.903, que agrega al régimen de las sociedades comerciales el capítulo de los contratos de colaboración empresarial, regulando dos formas, a saber: las agrupaciones de colaboración y la unión transitoria de empresas.

El artículo 369 de la mencionada ley argentina, establece que el contrato se otorgará por instrumento público o privado y que será inscrito en el Registro Público de Comercio. El requisito de inscripción no es potestativo, sino obligatorio.

IV.2.1.2 Distorsiones en el mercado: el monopolio.
Al no existir en nuestro ordenamiento una regulación general sobre el contrato de *joint venture* que establezca con carácter obligatorio la inscripción en el registro del mencionado contrato, tenemos que el contrato de *joint venture* -como ya lo mencionáramos antes- termina teniendo un carácter oculto, para efectos de terceros ajenos a la suscripción misma de ese contrato de colaboración empresarial.

Dicho carácter oculto del contrato de *joint venture* puede ser utilizado como una fácil forma de vulneración de los principios de libre competencia, que con especial atención pretende defender y tutelar, en el momento actual, nuestra legislación sobre la materia.

El Decreto Legislativo No. 701 es la norma jurídica peruana encargada de velar por la eliminación

de las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia.

El artículo 3 del referido Decreto Legislativo señala que están prohibidos y serán sancionados los actos o conductas relacionados con actividades económicas que constituyen abuso de una posición de dominio en el mercado o que limiten, restrinjan o distorsionen la libre competencia, de modo tal que se generen perjuicios al interés económico general en el territorio nacional.

*“...consideramos que
la regulación legal de
un tipo contractual tiene como
primer efecto
el de reducir los costos
de transacción”*

Los artículos 4 y 5 del Decreto se refieren a la posición de dominio en el mercado, configurando los supuestos en los cuales se puede generar un abuso de la misma. Según el artículo 4 se entiende que «una o varias empresas gozan de una posición de dominio en el mercado cuando pueden actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes o proveedores, debido a factores tales como la participación significativa de las empresas en los mercados respectivos, las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios, el desarrollo tecnológico o servicios involucrados, el acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministros, así como a redes de distribución».

El artículo 5 del Decreto enuncia una serie de supuestos en los que se verifica un **abuso de posición de dominio en el mercado**. Tenemos así que la negativa injustificada de satisfacer las demandas de compra de productos en el mercado, la aplicación en las relaciones comerciales de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias, entre otras, son algunos ejemplos de abuso de posición de dominio en el mercado.

El citado Decreto, en su artículo 6, define a las **prácticas restrictivas de la libre competencia** como «los acuerdos, decisiones, recomendaciones, actuaciones paralelas o prácticas concertadas entre empresas que

produzcan o puedan producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia». Se citan como prácticas restrictivas de la libre competencia a la concertación injustificada de precios o condiciones de comercialización, el reparto de cuotas de producción, el reparto de mercados, entre otras.

Retomando lo antedicho párrafos arriba, consideramos que es muy sencillo, a través de un contrato de *joint venture*, abusar de una posición de dominio en el mercado o realizar prácticas restrictivas de la libre competencia, más aun si ese contrato no requiere de publicidad alguna para ser válido.

Sería muy difícil para la Comisión Multisectorial de Libre Competencia del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual -INDECOPI- determinar la existencia de acuerdos para la realización de un negocio común específico entre empresas que atenten contra las mencionadas normas. Por el contrario, constituiría un mecanismo de ayuda para la defensa de la libre competencia en nuestro país, el que los contratos de colaboración empresarial tuvieran que ser inscritos en el registro como un requisito de validez de los mismos y, en consecuencia, obligar a los Registros Públicos a que envíen estos contratos a la Comisión Multisectorial de Libre Competencia del INDECOPI. Para ello se necesitaría, al menos, una pequeña regulación sobre los contratos de colaboración empresarial, los que por sus características -en especial, el *joint venture*- se pueden prestar para la vulneración de los principios que rigen la libre competencia.

Con el fin de reforzar nuestra postura, vale citar que en materia de legislación comparada, la Ley argentina 22.903, sobre los contratos de colaboración empresarial, en su artículo 369, y respecto de dichos contratos, establece que «una copia, con los datos de su correspondiente inscripción será remitida por el Registro Público de Comercio a la Dirección Nacional de Defensa de la Competencia».

IV.2.2 *Diversos problemas en la elaboración del contrato.* En la celebración de un contrato, uno de los costos de transacción en los que incurren las partes contratantes es el relativo a la elaboración del mismo. Teniendo en cuenta que el contrato de *joint venture* es un tipo de contrato de colaboración empresarial, podremos darnos cuenta de que al ser un contrato, por lo general entre empresas destinado a la realización de un negocio común específico, muchos de los contratos de *joint venture* pueden ser importantes por su magnitud económica; en consecuencia, la redacción misma del contrato no debe ser de las más sencillas, al menos en varios casos.

Asimismo, podemos darnos cuenta, como resultado de la lectura de las secciones de economía de los

diversos diarios del país, de que el uso del contrato de *joint venture* es cada vez más frecuente en nuestro medio.

Por otro lado, consideramos que la regulación legal de un tipo contractual tiene como primer efecto el de reducir los costos de transacción. Ello se origina porque las partes puedan tener, en cierta medida una negociación menos ardua -dado que las normas legales actuarán de manera supletoria al contenido contractual- o, en todo caso, dichas normas podrán servir como guía para la negociación y elaboración de un contrato moderno como lo es el de *joint venture*. Todo esto se traduce en beneficios económicos para las partes.

La regulación legal de un tipo contractual puede servir también como fuente de solución de conflictos frente a problemas que se generen entre los *venturers*.

Por todo ello, la regulación legal de un contrato como éste, implicaría el contemplar diversos puntos. Citemos, a modo de ejemplo, los siguientes:

i) *Responsabilidad frente a terceros.*- Determinar si todos los *venturers* son responsables frente a terceros; si esa responsabilidad es solidaria o no, teniendo en cuenta que en nuestro ordenamiento la mancomunidad se presume (artículo 1183 del Código Civil).

ii) *Responsabilidad entre los venturers.*- Tomar postura sobre cuáles son sus relaciones en materia de responsabilidad, dado un conflicto.

iii) *Gestión del negocio.*- Establecer el deber de gestión de todos los *venturers*.

iv) *Participación en el negocio.*- Delimitar si los *venturers* participan en las utilidades y en las pérdidas del negocio.

v) *Contenido del contrato.*- Fijar pautas sobre el contenido del contrato y los datos que debería contener.

Estos, tal vez, sean los elementos más saltantes que deberían ser contemplados en una regulación legal del contrato de *joint venture*.

Empero, la regulación propuesta no tendría ningún sentido, y finalmente sería contraproducente, si es que fuera de obligatorio cumplimiento, es decir, si no se dejara a las partes en la libertad de pactar algo distinto.

Pareciera que nos estamos contradiciendo, pero ello no es así. Lo que queremos rescatar es que la regulación legal en estos puntos debería tener un carácter supletorio -en la medida que no desnaturalice la figura del *joint venture*- y operar en defecto del acuerdo de partes, es decir, ante la ausencia en éste de un punto particular o la poca claridad de su contenido.

De esta manera, dicha regulación operaría en los puntos mencionados de manera supletoria y no obligatoria. Por citar un ejemplo, si la legislación establece que se presume la responsabilidad solidaria de los *venturers* frente a terceros, ello no quiere decir que las

partes no puedan pactar una responsabilidad mancomunada frente a terceros.

Como repetimos, la regulación legal operaría en defecto de pacto, pero tendría el beneficio de orientar a los contratantes y de reducir costos en la elaboración del contrato, pues determinados puntos estarían ya contemplados en la ley, pudiendo los futuros *venturers* someterse a ella. Asimismo, podría servir como un mecanismo de gran ayuda para la solución de conflictos generados por la mala redacción o elaboración de un contrato de *joint venture*.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN.

Por todo lo antedicho, somos de la opinión que el contrato de *joint venture* sí necesita de una regulación legal integral.

Esa regulación legal integral no se ha dado aún en nuestro medio, pues como hemos visto, las normas que hacen alusión al contrato de *joint venture* sólo lo mencionan o lo definen parcialmente, pero no lo regulan de manera amplia.

Pensamos que el principal efecto de establecer

una regulación legal sobre un tipo contractual, radica en el hecho de la reducción de los costos de transacción, es decir, en el abaratamiento de los costos que se generan al contratar.

En consecuencia, creemos que la regulación legal integral del contrato de *joint venture* es necesaria, siempre que se haga en los términos antes señalados, a saber: obligatoriedad de la inscripción del contrato en registros públicos para generar publicidad; comunicación a la Comisión Multisectorial de Libre Competencia del INDECOPI del contrato celebrado e inscrito; y, aplicación supletoria, y no obligatoria, de las normas que regulen el contrato de *joint venture*, frente a un vacío o un problema en la ejecución del mismo.

En momentos en que se está llevando a cabo la elaboración de un anteproyecto de Ley General de Sociedades, que según declaraciones de uno de los miembros de la comisión encargada⁽³¹⁾, estaría contemplando la idea de incluir una regulación sobre el *joint venture*, esperamos que estas líneas sean un aporte para la obtención de una regulación de dicha figura mercantil, sobre la base de los lineamientos aquí expuestos. ☞

(31) Ver Diario Gestión del 3 de marzo de 1995, declaraciones de Enrique Normand Sparks, Presidente de la Comisión Especial que elabora anteproyecto de nueva Ley General de Sociedades.