el contrato sin ley, o contrato autosuficiente en el que las partes hubieran regulado tan minuciosamente sus relaciones que revestidos de la facultad de elegir el Derecho aplicable habrían optado por excluir toda interferencia de un Derecho estatal"[176]. Ahora bien, a nivel práctico, en la medida en que no constituya causa de anulación del laudo dictado de este modo, y tampoco aparezca como motivo de denegación de su reconocimiento, no podría descartarse su admisibilidad en el ámbito del arbitraje internacional.

4. Eficacia de las cláusulas de estabilización y de petrificación del Derecho aplicable

En los contratos de *joint venture* suelen ser frecuentes cláusulas de estabilización (*Stabilisierungsklauseln)* del Derecho aplicable, cuyo propósito es excluir las modificaciones legislativas posteriores a la conclusión del contrato, especialmente las nuevas normas imperativas[177]. En el ámbito normativo que interesa,

---

BATIFFOL: "La loi appropriée au contrat", *cit.*, págs. 3-4). También *vid.* R. BARATTA: *Il collegamento più stretto nel diritto internazionale privato dei contratti*, Milano, Giuffrè, 1991, págs. 192 y ss. Para el autor, la teoría de los contratos sin ley (contratos regidos exclusivamente por la autonomía de los contratantes y por el principio *pacta sunt servanda*) es por definición insostenible. El planteamiento en base al cual a las partes de un contrato les estaría permitido sustraerse a las normas de un sistema jurídico para dictar ellas mismas la diciplina de su relación jurídica es claramente inaceptable dado que la autonomía de los contratantes no puede exitir en un espacio vacío del punto de vista jurídico, sino dentro de un determinado ordenamiento.

[176] *Vid.* M. VIRGÓS SORIANO: "El convenio de Roma...", *cit.*, pág. 775; J. KROPHOLLER: *Internationales Privatrecht, op. cit.*, pág. 401.

[177] Sobre este tema existe una vasta literatura. *Inter alia, vid.* O. SANDROCK: "Versteinerungsklauseln in Rechtswahlvereinbarungen für internationale Handelsverträge", *Fest. Riesenfeld*, 1983, págs. 211 y ss; N. DAVID: "Les clauses de stabilité dans les contrats pètrolieres", *Journ.dr.int.*, 1986, págs. 79 y ss; F. VISCHER: "Veränderungen des Vertragsstatuts...", págs. 550 y ss; P. WEIL: "Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérées dans les accords de developpement economique", *Mélanges offerts a Ch. Rousseau*, París, 1974, págs. 301-328; F. RIGAUX: "Examen de quelques...", *cit.*, págs. 319-321. Cierto matiz distinto presentan las cláusulas

ni el Convenio de Roma ni el informe que lo acompaña se pronuncian sobre la validez de las cláusulas de estabilización del Derecho aplicable, por lo que, aunque la eficacia de estas cláusulas ha sido reconocida a veces por el arbitraje internacional, su validez se discute en la actualidad. Para enjuiciar esta temática, no obstante, la doctrina suele escindir los supuestos en los que un Estado interviene en el contrato de aquéllos en los que tales cláusulas aparecen en contratos entre particulares.

A) Cuando un participante es un Estado o una empresa estatal

El protagonismo económico relevante que corresponde al Estado en los paises en vías de desarrollo determina que sea éste, normalmente, el que asuma las relaciones comerciales exteriores, bien directamente o bien a través de empresas estatales interpuestas. La participación del Estado en una *joint venture*, destinada a explotar sobre la base de una relación prolongada recursos petrolíferos, minerales o materias primas, traslada sobre el participante extranjero el riesgo de que, de forma unilateral, sea modificada la base jurídica existente cuando se gestó y actuó la inversión, situación que se agrava en los paises que acusan una mayor inestabilidad política. Para proporcionar confianza al inversor extranjero, y para excluir el riesgo de cambio en el marco jurídico de base, los contratos de *joint venture* suelen contener cláusulas que excluyen las modificaciones legislativas posteriores a la redacción del contrato, lo que puede ser absolutamente necesario si, como ocurre con frecuencia, no cabe alternativa respecto al sometimiento del contrato a la ley de este

---

de petrificación (*Versteinerungsklauseln*), que no suponen una verdadera remisión de carácter conflictual sino sólo material, equiparándose a una incorporación por referencia. Este tipo de remisión no suscita problemas de compatibilidad con las soluciones del Convenio de Roma. No obstante, la validez de las mismas queda condicionada a su conformidad con la *lex contractus* (*vid.* B. **WORTMANN**: *Durchgriffshaftung...*, *op. cit.*, pág. 91; D. **MARTINY**: "Freie Rechtswahl, Art. 27", *cit.*, págs. 1521-1522).

país. Las cláusulas de estabilización aparecen sobre todo en los contratos de *joint venture* que designan como aplicable, en todo o en parte, a la ley del Estado participante en la operación y que, generalmente, fijan la sede de la sociedad *joint venture* en este país. Ello pone al Estado participante en situación ideal para, de forma unilateral, empeorar la posición jurídica de los socios mediante una modificación del Derecho vigente, alterando así el equilibrio contractual entre las partes[178]. Mediante las cláusulas de estabilización, el Derecho aplicable queda fijado en el tiempo y se excluye la consideración de los cambios futuros que puedan suceder en la *lex causae*.

En general, la admisión de este tipo de cláusulas ha encontrado más comprensión en el ámbito de los litigios relativos a contratos con Estados planteados ante instancias arbitrales[179]. No obstante, dada la imposibilidad de comprometer la soberanía legislativa del Estado, la eficacia de estas cláusulas suele consistir únicamente en la concesión a la parte perjudicada de una acción de resarcimiento por el perjuicio causado a través del cambio legislativo. La exclusión efectiva de cambios legislativos sólo quedará garantizada mediante el recurso a otros mecanismos distintos a las cláusulas de estabilización como, por ejemplo, la internacionalización del contrato[180], la garantía dada al contrato por el consentimiento del poder legislativo

---

[178] C. REITHMANN y D. MARTINY: *Internationales Vertragsrecht...*, *op. cit.*, pág. 59; L. HUBER: *Das Joint-Venture...*, *op. cit.*, pág. 78.P. WEIL: "Les clauses de stabilisation...", *cit.*, págs. 301-304. Como señala este autor, bajo la cobertura de un cambio en la normativa fiscal, aduanera, monetaria o social, el Estado contratante puede comprometer gravemente la situación del inversor, e incluso producir una expoliación, lo que ha sido denominado gráficamente por los juristas de lengua inglesa como *creeping expropriation*.

[179] *Vid.* J. KROPHOLLER: *Internationales Privatrecht*, 2. Auf. J.C.B. Mohr, Tubinga, 1994, págs. 400-401. Se comprende fácilmente que, si la garantía de tales cláusulas depende de que el caso sea conocido por un tribunal arbitral neutral, las sociedades de países occidentales estarán interesadas en someter los contratos a un arbitraje familiar. *Vid.* el artículo 3 de la resolución del *IDI* en su sesión de Atenas (*Annaire IDI*, 1979, 58-II, pág. 194).

[180] Por ejemplo, la sentencia arbitral de 19 de enero de 1977 (asunto *Texaco Overseas Petroleum Co. (TOPCO), California Asiatic Oil Co. (CALASIATIC) c. Libia, Journ.dr.int.* 1977, pág. 350), dio

o a través de la aplicación al contrato de derecho privado de un tratado sobre protección de las inversiones concluido entre el Estado contratante y el Estado extranjero del que sea nacional el inversor, método que ha sido señalado como más correcto y seguro[181].

B) Cláusulas de estabilización en contratos entre privados

En la actualidad la doctrina discute sobre la admisibilidad de las cláusulas de estabilización del Derecho aplicable en los contratos entre particulares, sobre todo a la luz de las soluciones establecidas por el Convenio de Roma. La doctrina favorable a la validez y eficacia de estas cláusulas esgrime, entre otros, los siguientes argumentos. En primer lugar, el reconocimiento amplio de la autonomía conflictual que efectúa el Convenio de Roma debería propiciar la validez de estas cláusulas. Por otra parte, se dice que si el Convenio concede la posibilidad de variar la designación de ley efectuada con anterioriad al amparo del artículo 3.2 CR, permitiendo que las partes excluyan las disposiciones imperativas de este Derecho que se promulguen posteriormente -concede lo más- no podría dejar de reconocer una estabilización originaria del Derecho elegido[182]. Por otra parte, se afirma que, dado que la validez conflictual del pacto de estabilización del Derecho aplicable es, en definitiva, una

---

valor a la cláusula de estabilización condenando al Estado a cumplir conforme a las obligaciones originarias. También *vid.* la sentencia de 30 de noviembre de 1979, (asunto *AGIP c. Gobierno de la República del Congo, Rev.crit.dr.int.pr,* 1982, pág. 92).

[181] F. RIGAUX: "Examen de quelques...", *cit.*, págs. 319-320. Para nuestro país, vienen en este momento a colación los Convenios bilaterales de cooperación en materia económica que España ha concluido con numerosos países, que contienen garantías en relación a la protección de las inversiones. *Vid. supra.*

[182] B. WORTMANN: *Durchgriffshaftung...*, *op. cit.*, pág. 92; O. SANDROCK: "Versteinerungklauseln...", *cit.*, pág. 225.

cuestión relacionada con el alcance de la autonomía conflictual, cuyos límites pueden ser distintos según el ámbito de la contratación de que se trate, el reconocimiento de la validez de estas cláusulas debería depender de la caracterización del sector de la contratación en el que se plantee la cuestión. Por ejemeplo, cuando al contrato corresponden tareas socio-económicas (*ad. ex.* contratos de alquiler, de consumidores o de trabajo), los intereses de las partes quedarían a la zaga, no siendo admisible la estabilización pretendida. Las cláusulas de estabilización deberían ser consideradas solamente en el cuadro del Derecho dispositivo. Por el contrario, fuera del marco de este tipo de contratos, el contrato cumpliría la función de ser un instrumento para la construcción de las relaciones entre las partes, situándose los intereses de las partes en primera línea. Según esta doctrina, a los jueces correspondería coadyuvar a la consecución de la voluntad de las partes. Desde el análisis de los intereses en presencia, se afirma que habría que reconocer la validez de las cláusulas de estabilización[183].

Para otro sector doctrinal, por el contrario, el efecto de las cláusulas de estabilización es de carácter material, no conflictual[184]. Como bien señala esta doctrina, al contrario de lo que ocurre en la designación sucesiva de ley aplicable,

---

[183] O. SANDROCK: "Versteinerungklauseln...", pág. 221. P.H. NEUHAUS: *Die Grundbegriffe..., op. cit.*, pág. 261; J. KROPHOLLER: *Internationales Privatrecht, op. cit.*, pág. 401; B. WORTMANN: *Durchgriffshaftung..., op. cit.*, pág. 93; F. VISCHER: "Veränderungen des Vertragsstatuts...", *cit.*, págs. 551-552. Para el autor, "la extensión de la autonomía conflictual de las partes depende del entendimiento del contrato, tal como subyace en el concepto de la remisión de la norma de conflicto" (*Der Umfang der kollisionsrechtlichen Parteiautonomie hängt wesentliich vom des Vertrages ab, wie er dem Verweisungsbegriff der kollisionsnorm zugrunde liegt).* Sin embargo, incluso en el caso de estos contratos el nuevo Derecho imperativo podría no ser completamente ignorado. Para F. VISCHER, la norma imperativa modificada o nueva de la *lex causae* se situaría en la posición de una norma de un Derecho que no es designado a través de esta ley, y debería ser considerada bajo los presupuestos de aplicación establecidos por el artículo 19 IPRG (disposiciones imperativas de terceros ordenamientos). En el ámbito del Convenio de Roma, si la nueva disposición imperativa de la *lex contractus* tiene voluntad aplicativa imperativa sobre el supuesto, el juez podría darle efecto conforme a los requisitos de aplicación señalados en el artículo 7 CR (F. VISCHER: *ibid*, págs. 551-553; L. HUBER: *Das Joint-Venture..., op. cit.*, pág. 83).

[184] C. REITHMANN y D. MARTINY: *Internationales Vertragsrecht..., cit.*, pág. 61-62.

la cláusula de estabilización tiene por objeto un solo ordenamiento. Y por otra parte, tampoco se trata de una designación parcial dirigida a someter una parte separable del contrato a una ley diferente de la aplicable al resto. Una estabilización conflictual supondría operar una escisión de regulaciones dentro del ordenamiento elegido, al antojo de las partes. El fundamento de la designación sucesiva o de la remisión fraccionada de ley aplicable, la equivalencia de los ordenamientos jurídicos, escasamente coadyuvaría a la admisión de una estabilización de carácter conflictual habida cuenta que, aceptando este modo de proceder, el contrato se situaría por encima de la ley. El DIPr. estaría autorizando una solución que no sería válida en ninguno de los ordenamientos conectados con el caso[185]. La posibilidad de afirmar la eficacia de las cláusulas de estabilización cuenta con idénticos obstáculos a los que se indicaron en relación al contrato sin ley[186]. La estabilización supondría que las partes se sitúan fuera del Derecho estatal que han elegido a fin de sustraerse a sus nuevas disposiciones, lo que no es posible permitir[187]. El Convenio de Roma se mantiene así en el ámbito de las soluciones dominantes tradicionales, no prestando reconocimiento a aquellas orientaciones dirigidas, sobre todo en los contratos de inversiones, a estabilizar la ley aplicable con el contenido que tenía en el momento de la estipulación del contrato[188].

Así pues, la obligación del juez de aplicar el Derecho vigente en el momento

---

[185] C. REITHMANN y D. MARTINY: *Internationales Vertragsrecht...*, *cit.*, pág. 61-62.

[186] *Vid.* F. RIGAUX: "Examen de quelques...", *cit.*, págs. 320-321; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ: "Obligaciones contractuales", *cit.*, págs. 306-307.

[187] *Vid.* F. RIGAUX: "Examen de quelques...", *cit.*, pág. 321. Para el autor, al pertenecer esta solución a los principios geneales del DIPr aceptados en los Estados miembros de la CEE, esta solución valdría para la interpretación del Convenio de Roma.

[188] A. GIARDINA: "Volontà delle parti...", *cit.*, pág. 11. El autor señala que, aunque el informe explicativo del Convenio (M. GIULIANO y P. LAGARDE: "Informe...", *cit.* pág. 16), alude a ciertas sentencias arbitrales, nuevos fenómenos como éste de la estabilización del Derecho aplicable son regulados con metodología clásica y ortodoxa.

del litigio tal y como hubiera sido aplicado por un juez de ese Estado comporta la aplicación de las normas imperativas de la *lex causae* que hayan sido dictadas con posterioridad a la conclusión del contrato, siempre que no contravengan el orden público del foro. Como consecuencia, la cláusula de estabilización sólo tendrá efecto en el ámbito del Derecho dipositivo. Cuando el ordenamiento designado por las partes experimente un cambio legislativo, la cláusula de estabilización podrá desarrollar sus efectos en el plano conflictual y en el nivel material. De un lado, establecido que las partes pretenden la aplicación de un concreto Derecho en el estado en el que se encontraba en un determinado momento temporal, el cambio legislativo operado determinará, en primer lugar, la posibilidad de considerar a la cláusula de estabilización como incorporación por referencia del Derecho designado[189], siendo necesario pasar a la conexión objetiva para determinar el Derecho aplicable. De otro lado, la ley aplicable al contrato determinará si el cambio legislativo puede ser considerado como un cambio de circunstancias imprevisible, no acorde con las expectativas de las partes, que autorice una acción *rebus sic stantibus* dirigida a la rescisión del contrato[190]. Sobre la validez del pacto de estabilización decidirá la ley aplicable al contrato[191].

En presencia de un cambio legislativo en el ordenamiento designado que sean de carácter sustancial y que no hayan podido ser esperadas por ellas, las partes tienen a su disposición la vía habilitada por el artículo 3.2 CR consistente en la adopción

---

[189] *Vid.* en este sentido el artículo 8 de la Resolución del *IDI* de 1991 en su sesión de Basilea (*Annuaire IDI*, 1992, 64-II, pág. 382). Según esta disposición, en presencia de un pacto de las partes de estabilización del Derecho aplicable el Derecho cambiado o derogado valdrá como disposiciones del contrato. Entre nosotros, atribuyendo a las cláusulas de estabilización el valor de *incorporaciones por referencia*, *vid.* J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO: *Curso...*, *op. cit.*, pág. 380.

[190] *Vid.* J. KROPHOLLER: *Internationales Privatrecht*, *op. cit.*, pág. 401.

[191] J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO: *Curso...*, *op. cit.*, pág. 380; F. VISCHER: "Veränderungen des Vertragsstatuts...", *cit.*, pág. 550; L. HUBER: *Das Joint-Venture...*, *op. cit.*, pág. 81.

de un cambio en la ley aplicable, posibilidad que pueden hacer valer incluso una vez surgida la contienda entre ellas. No obstante, normalmente las normas que se pretenden eludir a través del cambio de ley aplicable aparecerán llamadas como normas imperativas, encontrando aplicación bien por la vía del artículo 7 CR o bien por la vía de los artículo 5 o 6 CR[192].

[192] Ha de advertirse que, del mismo modo que sucede con el contrato sin ley, estas afirmaciones podrían quedar moduladas en el ámbito del arbitraje internacional. La eficacia de la cláusula de estabilización incluida por las partes en su contrato podría así depender de que la causa sea conocida por una instancia judicial o arbitral.

Capítulo Cuarto

DERECHO APLICABLE AL ACUERDDO BASE Y A LOS CONTRATOS SATÉLITES: DETERMINACIÓN OBJETIVA

I. INTRODUCCIÓN

1. Condicionantes previos

La determinación objetiva de la ley aplicable a los contratos internacionales de *joint venture* viene presidida por un doble condicionamiento. De un lado, dado su contenido plural y diverso[1], así como el tratamiento diferenciado que éste recibe en DIPr., una consideración separada de cada uno de sus componentes estructurales para la determinación de la ley aplicable al contrato rara vez conducirá a resultados unívocos. De otro, la diversidad de situaciones que revela la práctica en este sector de la contratación, el carácter acusadamente casuístico y variable del contenido negocial de estos contratos -verdaderamente puede hablarse de contratos *ad hoc*- condiciona notablemente la formulación de soluciones de carácter general a las cuestiones de ley aplicable que se suscitan en este ámbito.

La fisonomía particular que revela este sector de la contratación internacional -conformación compleja, diversidad de contenido negocial, variabilidad- produce importantes consecuencias de cara a la formulación de reglas de conexión para la selección objetiva de la ley aplicable. En primer término, aparece clara la inoportunidad en el sector de una única norma de conflicto especial, dada su patente incapacidad para proveer respuestas satisfactorias a la disparidad de situaciones que muestra la realidad[2]. De otro lado, y a diferencia de los resultados positivos que

---

[1] Junto al objetivo común, peculiar de los contratos asociativos, que manifiestan algunos de sus componentes (precontrato de sociedad, pactos parasociales), vienen en presencia obligaciones de carácter recíproco que se asemejan a las de los contratos sinalagmáticos (obligaciones singulares de los participantes).

[2] La variabilidad de situaciones y, correlativamente, de soluciones apropiadas al caso, hacen vano -si es que fuera posible- cualquier esfuerzo de clasificación de posiciones contractuales típicas de las partes en la *joint venture* tendente a la elaboración de normas especializadas. Que se sepa, y es buena prueba de lo afirmado, ninguno de los ordenamientos que han elaborado catálogos detallados con normas de conflicto especiales para cada categoría de contratos, ha propuesto alguna norma para los

puede tener en otros sectores de la contratación, en este ámbito tampoco resulta afortunada la idea de formular reglas de conexión de operatividad *a priori*, para grupos de casos o tipos de contratos de *joint venture*, habida cuenta de la imposibilidad de establecer una tipología de estos contratos que sea satisfactoria a los fines de la elaboración de reglas de DIPr[3]. La diversidad de matices de que hace gala la práctica negocial en este ámbito, la pluralidad de factores con posible vigor conflictual en las operaciones de *joint venture* y la acusada variabilidad de su potencia localizadora en cada caso concreto, abocan inexorablemente a rechazar cualquier posición maximalista en este ámbito, debiendo descartarse todas aquellas propuestas de solución que no incorporen adecuadas dosis de flexibilidad.

Ante un panorama como el descrito, e incluso en el ámbito de una valoración *a posteriori* de los supuestos a la luz de las circunstancias de cada caso, el intérprete no puede renunciar todavía a la tarea de introducir seguridad jurídica en el proceso de determinación de la ley aplicable a estos contratos, operación que, sin embargo, aparece en principio dificultada a la vista de los condicionantes que se han señalado. Paralizada la seguridad del *tipo de contrato*, ese propósito debe discurrir por una

---

contratos de *joint venture* o los contratos de cooperación. *Vid.* A.L. MALATESTA: "La legge applicabile ai contratti di cooperazione tra imprese", *La convenzione di Roma sul Diritto applicabile ai contratti internazionali*, a cura di G. Sacerdoti y M. Frigo, 2ª edic, Milán, 1994, pág. 175. Una exposición de las razones que suelen aconsejar la segregación de un grupo de casos del ámbito de la regla general y la confección de reglas especiales puede verse en D.F. CAVERS: The Choice-of-Law Process, Michigan, 1965, págs. 114 y ss. También *vid.* S. SÁNCHEZ LORENZO: *Proyecto docente y de investigación*, Granada, inédito, pág. 144. En general, como recientemente ha señalado J.D. GONZÁLEZ CAMPOS: "El paradigma...", *cit.*, págs. 5258-5259 la conexión rígida "además de ser única, es el resultado de un proceso de deducción. Y ello supone un doble alejamiento de la realidad social regulada: de un lado, porque las circunstancias presentes en un determinado supuesto necesariamente han de sufrir un reduccionismo para llegar a esa única conexión. De otro, porque al llevarse a cabo en el terreno abstracto de la Ciencia jurídica, sólo se consideran aquellas circunstancias sociales determinantes de la naturaleza de la relación, excluyendo otras que están presentes en la realidad social. De suerte que, en última instancia, puede quedar comprometida la "localización" en el espacio de las relaciones jurídicas por su carácter *a priori* y no real".

[3] No obstante, este sistema ha sido propuesto P.A. DE MIGUEL ASENSIO en el ámbito de los contratos sobre propiedad industrial, donde tal sistema, en cambio, parece conducir a resultados satisfactorios *(vid.* P.A. DE MIGUEL ASENSI: *Contratos internacionales..., op. cit., passim.*

senda distinta. En efecto, la exclusión de la arbitrariedad, y la provisión de seguridad jurídica a este ámbito, aunque ésta sea diferente o de segundo rango, ha de tener lugar a través de un modelo de razonamiento de carácter dialéctico y no deductivo, centrado en el caso concreto, dirigido a la determinación de la solución de ley aplicable que deba estimarse más razonable y justa para el caso enjuiciado, y que se funde, mediante una motivación especial, en los valores que presiden esta rama del Derecho y en la consideración de las circunstancias del caso[4]. Para proseguir esta metodología cobra extraordinario interés la identificación de los elementos, factores y criterios de conexión que, normalmente, aparecen con especial relevancia conflictual en los contratos de *joint venture*[5], el análisis de la potencia localizadora que cabe atribuirles a la vista de las circunstancias del caso, comparando el vigor de

---

[4] Se trata de un modelo de razonamiento que entronca con la tópica y la retórica, donde la decisión aparece como resultado de juicios de valor orientados a la obtención de soluciones justas, razonables y aceptables. Uno de los mayores problemas con los que precisamente ha debido enfrentarse la tópica ha sido el de la construcción de una *lógica de los juicios de valor*, problema que, sin embargo, se ha saldado con la conclusión de la inexistencia de una lógica específica para estos juicios, afirmándose, frente a ella, la necesidad de recurrir a *técnicas de argumentación*, y a la dialéctica o arte de la discusión. Relacionada con esta idea aparece la necesidad de *motivar* debida y suficientemente la decisión, en el sentido de justificarla, estableciendo una argumentación convincente, en la que pueda fundarse la elección efectuada por el juez, de modo que la decisión resulte aceptable a los juristas y, especialmente, a las instancias judiciales superiores que podrían ser llamadas a conocer *(vid.* Ch. **PERELMAN**: *Logica giuridica..., op. cit.*, págs. 243 y ss). Con carácter general, acerca del papel que ha de atribuirse a la tópica en el razonamiento de la jurisprudencia, afirmando la *primacía del problema*, así como el interés en una variedad asistemática de puntos de vista para la adopción de las decisiones, afirmando la necesidad de adoptar un *pensamiento problemático*, que permita, frente a uno sistemático, conservar la proximidad del problema, *vid.* Th. **VIEHWEG**: *Tópica y Jurisprudencia*, Madrid, Altea, Taurus, Alfaguara, 1986, págs. 137 y ss, esp. págs. 154-156. En esta perspectiva, recientemente, el profesor **J.D. GONZÁLEZ CAMPOS** ha señalado como una de las tendencias generales de la Ciencia del DIPr, que conecta con la función o finalidad de esta rama del Ordenamiento, la que propugna una *flexibilización* de la *localización* desde una más atenta consideración a los datos de la realidad social presentes en los casos sometidos al juez (*vid.* **J.D. GONZÁLEZ CAMPOS**: "El paradigma...", *cit.*, págs. 5269-5270). Al hilo de la explicación de la mecánica aplicativa de la regla de los vínculos más estrechos que establece el artículo 4.1 del CR, señalando la necesidad de proseguir un planteamiento como el descrito para la aplicación del precepto, *vid.* **M. VIRGÓS SORIANO**: "La ley aplicable...", *cit.*, págs. 5295-5297.

[5] A juicio de **A.L. MALATESTA**, entre esos elementos deberían contarse, por ejemplo, el lugar de ejecución del proyecto común, el *place of business* común de las partes, el lugar de conclusión del contrato o donde se han desarrollado las negociaciones, la eventual elección de foro competente o la sede del arbitraje seleccionado (*vid.* **A.L. MALATESTA**: "La legge applicabile...", *cit.*, pág. 177).

los diferentes criterios en escena, así como la consideración de los valores y principios que han de orientar las soluciones de ley aplicable en el sector contractual. En definitiva, se trata de ponderar la relevancia conflictual respectiva, y relativa, de los distintos factores de conexión para conseguir, en la medida de lo posible, un cuadro de soluciones de ley aplicable, aunque sólo sea a nivel de tendencia, que facilite la tarea del operador jurídico que se enfrenta a la problemática de la determinación de la ley aplicable a los contratos de *joint venture* en defecto de elección. En la actualidad, estas soluciones toman como parámetro normativo el conformado por el Convenio de Roma, por lo que se hace preciso un análisis, si bien somero, del cuadro de respuestas que éste incorpora.

2. El marco normativo del convenio de Roma

Con la entrada en vigor para España del convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales de 19 de junio de 1980, nuestro ordenamiento ha asumido un nuevo esquema de soluciones para la selección de la ley aplicable al contrato internacional en defecto de eleccción, incorporando a nuestro acervo jurídico soluciones y conceptos hasta entonces desconocidos. El nuevo sistema se inspira en el principio de proximidad y establece, como regla de base, la aplicación de la ley de los vínculos más estrechos, persiguiendo con ello la obtención de respuestas de justicia particular, difícilmente realizables en una norma de conflicto general y rígida[6]. No obstante, y fundamentalmente en atención a los postulados de

[6] Tales eran los caracteres de los criterios de conexión que establecía nuestro sistema anterior de DIPr. (*vid.* art. 10.5 Cc.). La inclinación progresiva del DIPr. hacia soluciones de justicia particular, ha ocasionado una marginación del mismo orden de las normas de conflicto rígidas en el sector contractual (*ad. ex. lex loci contractus, lex loci solutionis).* Por su carácter fortuito -se afirma- tales criterios se revelan incapaces para dar respuesta satisfactoria a las exigencias del moderno tráfico privado internacional, al no permitir la adecuada consideración de los intereses de las partes y de los

la certeza del Derecho[7], el Convenio no ha querido abandonar la determinación de la ley aplicable a un puro examen retrospectivo de las circunstancias del caso y, a este efecto, establece en el artículo 4 (apartados 2 a 4) una serie de reglas de operatividad *prima facie*[8] que indican, a modo de presunción, la ley más estrechamente vinculada con el contrato. Como componente flexibilizador, el sistema incorpora la posibilidad de marginar la ley hallada mediante las presunciones establecidas cuando "del conjunto de circunstancias" resulte que el contrato presenta una vinculación más estrecha con otro país. Por último, para los casos en los que no sea posible identificar en el contrato una prestación característica, el apartado 5º ordena la operatividad directa de la regla de los vínculos más estrechos.

La compleja sistemática del precepto -donde el principio proclamado en el

---

objetivos materiales de regulación en cada sector. *Vid.* F. VISCHER: "The antagonism between legal security and the search for justice in the field of contracts", *Rec. des Cours*, 1974, t. 142, pág. 53; A.F. SCHNITZER: "Die Funktionelle Anknüpfung im internationalen Vertragsrecht", *Mélanges Schönenberger*, Friburgo, 1968, pág. 388; *id.: Handbuch des internationalen Privatrecht*, II, 4. Auf., Basilea, 1958, págs. 639-640.

[7] Conviene recordar que las exigencias de seguridad jurídica no se encuentran en contradicción dialéctica con el principio de justicia, siendo éstas también necesarias para alcanzar la solución justa. *Vid.* F. VISCHER: "Methodologische Fragen bei der objektiven Anknüpfung im internationalen Vertragsrecht", *ASDI*, XIV, 1957, págs. 48-51; *Id:* "The Antagonism between...", *cit.*, pág. 53; W. WENGLER: "L'évolution moderne du droit international privé et la prévisibilité du droit applicable", *Riv.crit.dr.int.pr.*, 79, 1990, págs. 659-660. En un planteamiento general de la cuestión, *vid.* A.E. PÉREZ LUÑO: *La seguridad jurídica*, Barcelona, Ariel, 1991, *passim*. En la construcción que hace el autor, la seguridad jurídica, entendida como valor de carácter axiológico, es un importante apartado de la justicia general que posee sus propias exigencias. En su dimensión objetiva éstas se cifrarían en una corrección estructural (formulación adecuada de las normas en el ordenamiento), y una corrección funcional (cumplimiento del Derecho por los destinatarios y los órganos de aplicación). En su vertiente subjetiva, comportaría la necesidad de conocimiento por los operadores de las consecuencias de sus actos. Al margen de consideraciones de exclusivo alcance jurídico y afirmando la imposibilidad de renunciar a la persecución de la certeza del Derecho desde la perspectiva del análisis económico, *vid.* D. GUNST: *Die charakteristische Leistung, zur funktionelle Anknüpfung im internationalen Vertragsrecht Deutschlands, der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft*, Konstanz, Hartung-Gorre, 1994, pág. 159-161.

[8] La relación directa entre las exigencias de la certeza del Derecho y el establecimiento de reglas de operatividad *prima facie* ha sido afirmada de forma constante por la doctrina. *Vid. v. gr.* A.F. SCHNITZER: *Handbuch des internationalen Privatrecht*, II, 4. Auf. Basel, 1958, pág. 640; F. VISCHER: "The Antagonism between...", *cit.*, pág. 59-60.

primer apartado se reitera en el último limitando el alcance de la presunción- ha deparado interpretaciones no uniformes del artículo 4 que han trascendido en técnicas aplicativas opuestas[9] y, según los casos, en divergencias en el ordenamiento finalmente seleccionado[10]. A falta de un pronunciamiento del TJCE que clarifique definitivamente el tema, las claves para comprender las relaciones entre las presunciones y la regla general pasan por la escisión del doble cometido que se atribuye a la ley de la prestación característica por el Convenio de Roma. Ciertamente el sentido de la introducción del expediente de la prestación característica en el convenio de Roma mucho tiene que ver, aunque no únicamente, con las exigencias de la certeza en la selección del Derecho aplicable. Una valoración de la presunción del artículo 4.2 CR exclusivamente desde esta perspectiva sugiere una interpretación favorable al reforzamiento de la presunción, que sería marginada

---

[9] La polémica radica en la determinación del alcance que debe atribuirse en la determinación de la ley aplicable a la presunción que establece el apartado 2 del artículo 4, y ello en relación a la posibilidad que habilita el último inciso del apartado 5º de marginar el Derecho del prestador característico en favor de otra ley más estrechamente vinculada. En examen sucinto, las tesis basculan desde las que otorgan el papel central a la prestación característica, ya sea mediante su caracterización como presunciones en sentido propio o su entendimiento como reglas de aplicación *prima facie*, (P.A.DE MIGUEL ASENSIO: *Contratos internacionales..., op. cit.*, págs. 232-235; M. VIRGÓS SORIANO: "La ley aplicable...", *cit.*, págs. 5298-5301), a las que parten de la necesidad de proceder en todo caso a la comprobación de los vínculos más estrechos, otorgando a la prestación característica un alcance residual (R. BARATTA: *Il collegamento più stretto...*, págs. 176-190; A. HEINI: "Vertrauensprinzip und Individualanknüpfung im internationalen Vertagsrecht", *Festschrift für F. Vischer*, Zurich, 1983, págs. 149-159). Otros autores, más matizadamente, aun partiendo de la primacía de la regla general, conceptúan a las presunciones como "indicadores importantes" (M. FRIGO: "La determinazione della legge applicabile in mancanza di scelta dei contraenti e le norme imperative nella convenzione di Roma", *La convenzione di Roma sul diritto applicabile ai contratti internazionali*, Milán, Giuffrè, 1993, págs. 24-25) o "un beneficioso índice para encontrar aquel ordenamiento que se vincula más íntimamente con el contrato", (L.F. CARRILLO POZO: *El contrato internacional: la prestación característica*, Zaragoza, Cometa, 1994, pág. 95). Un resumen de las distintas tesis y sus respectivas implicaciones puede verse en L.F. CARRILLO POZO: *ibid*, págs. 73-96.

[10] La trascendencia práctica de la cuestión se ha mostrado en el asunto decidido por la sentencia del *Hoge Raad* holandés de 25 de septiembre de 1992 (*vid.* S. RAMMELOO: "Die Auslegung von Art. 4 Abs. 2 und Abs 5 EVÜ: Eine niederländische Perspektive", *IPRax*, vol. 14, 1994, págs. 243-248), en la que el Tribunal Supremo confirmó la solución recurrida que había rechazado la aplicación de la cláusula de excepción del párrafo quinto, considerando que cuando cabe determinar la prestación característica no procede la aplicación del apartado 5º, siendo sólo posible en supuestos excepcionales.

sólo en casos excepcionales[11]. Sin embargo, no es posible ignorar que el artículo 4.2 CR obedece también a criterios de justicia: la ley del prestador característico ha sido escogida por el legislador convencional, con carácter general, por ser expresión de la mayor proximidad del contrato con un ordenamiento y, en este sentido, la más justa[12]. La claridad del mandato contenido en el artículo 4.1 CR parece determinante de la necesidad de proceder, en todo caso, al examen de las circunstancias del supuesto concreto para determinar la ley aplicable. Ahora bien, el valor de proximidad privilegiado que se atribuye a la ley del prestador característico condiciona en gran medida ese proceso de selección. No sólo en razón de la máxima proximidad que manifiesta -es un índice privilegiado de proximidad-, sino porque, en los casos en los que quepa identificar una prestación característica el desplazamiento de esta ley exige una especial motivación[13]. La relación entre los apartados 2 y 5 del artículo 4 CR aparece pues presidida por la dificultad, perteneciente a un plano de orden distinto, de *comparar* el grado de proximidad expresado por la ley del prestador característico en relación a otros criterios en el caso concreto que se esté enjuiciando. Esta problemática conecta directamente con las razones de carácter material, bastante numerosas por cierto, que se han manejado tradicionalmente para justificar la aplicación de la ley del prestador característico o para determinar la marginación de esta ley en favor de otra más estrechamente vinculada[14]. Es preciso recordar que la marginación de la ley del prestador

---

[11] Haciendo especial hincapié en el valor de certeza del Derecho que incorpora el convenio de Roma a través de la presunción del artículo 4.2 CR, *vid.* P.A.DE MIGUEL ASENSIO: *Contratos internacionales...*, *op. cit.*, págs. 235-238, esp. pág. 236.

[12] *Vid.* U. VILLANI: "Aspetti problematici della prestazione caratteristica", *cit.*, pág. 520.

[13] La carga de la argumentación se impone a quien pretenda escapar de la presunción, sea el juez o las partes, requiriéndose pues una especial motivación de la decisión judicial que desplace a la ley del prestador característico (*vid.* M. VIRGÓS SORIANO: "La ley aplicable...", *cit.*, pág. 5300). *Vid.* D. MARTINY: "Art. 28", *cit.*, pág. 1551.

[14] Las deficiencias de tales justificaciones explican el reproche de arbitrariedad que ha recibido el modo de pensamiento y de argumentación propios de la doctrina de la prestación característica. En este sentido, *vid.* D. GUNST: *Die charakteristische Leistung...*, *op. cit.*, pág. 161.

característico no está reñida con las exigencias de la certeza en la determinación del Derecho aplicable, una vez establecido un ámbito para las excepciones[15].

Dejando a un lado las normas específicas relativas a los contratos que tienen por objeto un derecho real inmobiliario o la utilización de un inmueble y a los contratos de transporte de mercancías (artículo 4 apartados 3 y 4), destaca, por su alcance general, la presunción que somete el contrato a la ley del prestador característico. El relieve especial que el Convenio de Roma atribuye a la prestación característica como índice de proximidad privilegiado y la fidelidad debida en primera línea al plan de certeza trazado mediante la presunción[16], comportan la necesidad de iniciar el examen de la localización objetiva de los contratos de *joint venture* en la regla de la prestación característica y, en concreto, en el análisis del vigor localizador de tal expediente en este sector de la contratación. Es preciso averiguar si es o no posible, y en qué situaciones en su caso, averiguar una prestación característica. Posteriormente habrá que decidir cuándo deberá ser

---

[15] Según el parecer más autorizado, las normas de conflicto flexibles, moduladas mediante cláusulas de excepción o escapatorias, no resultan en verdadera contradicción con las exigencias de la seguridad jurídica. En este sentido, afirmando el alcance substancial, y no meramente formal, de la cláusula de excepción, que operaría como cláusula de especialización del sistema, *vid.* S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ: "Objeto del Derecho Internacional Privado y Especialización Normativa", *ADC*, vol. XLVI-III, 1993, págs. 1131-1136. También *vid.* S. SÁNCHEZ LORENZO: Proyecto docente y de investigación, *op. cit.*, pág. 167. En este sentido, la posibilidad de la excepción en el Convenio de Roma ha de contemplarse como *posibilidad de profundizar en el principio de proximidad*, verdadero criterio de conexión que inspira la norma, del cual el Convenio no quiere apartarse. Con planteamiento de corte más general, indicando que con la opción en favor de la justicia no se menoscaba, sino que se refuerza, la seguridad jurídica, una vez dilucidado que ésta es una categoría más amplia y compleja que la mera seguridad legal, *vid.* A.E. PÉREZ LUÑO: *La seguridad jurídica, op. cit., passim.* De este modo, el artículo 4.5 CR no puede entenderse como verdadera cláusula de excepción, sino como coplemento y refuerzo de lo dispuesto en el artículo 4.1, en el sentido de conferir al criterio de los vínculos más estrechos la función de principio general del sistema. *Vid.* M. FRIGO: "La determinazione della legge applicabile...", *cit.*, pág. 26. En otro sentido, *Cfr.* W. WENGLER: "L'évolution moderne du droit international privé et la prévisibilité du droit applicable", *Riv.crit.dr.int.pr.*, 79, 1990, págs. 667-670, para quien la cláusula escapatoria constituye una violación del Derecho fundamental a la seguridad y certeza del Derecho por lo que merecería una severa crítica.

[16] *Vid.* U. VILLANI: "Aspetti problematici della prestazione caratteristica", *Riv.dir.int.pr.proc.*, 1993, pág. 521.

descartado el Derecho hallado de este modo así como establecer los criterios que deben retenerse para determinar la ley aplicable en defecto de prestación característica.

II. LA LEY DEL PRESTADOR CARACTERÍSTICO EN LOS CONTRATOS DE *joint venture*

1. Estado de la cuestión en la doctrina

La ordenación conflictual de los contratos de *joint venture* a través del expediente de la prestación característica tropieza en primera línea con dificultades de índole tipológico. En efecto, la variabilidad que es consustancial a este tipo de operaciones no se compadece bien con la clasificación tipológica de la que, en primera instancia, arranca la presunción del artículo 4.2 CR. De modo diverso a los contratos simplemente atípicos, cuya atipicidad deriva de no responder a esquemas normativos predefinidos, los contratos de *joint venture* incorporan una atipicidad añadida, dada la imposibilidad de identificar un contenido negocial único presente en todos los contratos que responden a esa denominación. Constatada esta circunstancia, el valor que pueda aún atribuirse al expediente de la prestación característica para determinar la ley aplicable a los contratos de *joint venture*, exige, todavía, una aproximación a las trazas conceptuales y valorativas del expediente. Este análisis viene exigido, en parte, a la vista del estado de la cuestión en la doctrina, donde las opiniones no son coincidentes.

Una aproximación a la doctrina de DIPr que ha abordado la virtualidad de la técnica de la prestación característica para la localización objetiva de los contratos

de *joint venture*, permite constatar la escasa utilidad que se atribuye a este expediente para determinar la ley aplicable a tales contratos. En efecto, por una parte, la práctica totalidad de la doctrina que ha analizado de forma particular la regla de la prestación característica menciona, precisamente, a esta categoría de contratos, como paradigma de las situaciones en las que la regla instaurada muestra sus deficiencias más notables, toda vez que deja de ser operativa. Por otra, la literatura que se ha ocupado específicamente de analizar el tratamiento de los contratos de *joint venture* en DIPr., también suele evocar las insuficiencias de la técnica de la prestación característica en este sector de la contratación internacional. No obstante, esta misma lectura permite apreciar importantes divergencias en la argumentación de ese efecto. De un lado, un sector doctrinal descarta, de entrada, y desde consideraciones de índole ontológico, la posibilidad de acudir a la técnica de la prestación característisca: por definición -se afirma- la naturaleza cooperativa del contrato de *joint venture* resulta incompatible con la posibilidad de averiguar una prestación característica[17]. Otro grupo, quizás más nutrido, funda la inoperatividad de la técnica sólo en dificultades de índole práctico y, en concreto, en las que entraña el discernimiento de una prestación de aquél tipo en el contrato de *joint venture*, habida

---

[17] La técnica de la prestación característica ceñiría su eficacia a los contratos de cambio. En este sentido, situando el acento en el carácter subordinado de las prestaciones de los participantes respecto al objetivo común, verdadero contenido característico del contrato, *vid.* **K. ZWEIGERT y B. VON HOFFMANN**: "Zur internationalen *joint venture*", *cit.*, pág. 208. En general, sobre las limitaciones de la técnica de la prestación característica en relación a los contratos de cooperación *vid.* **B. VON HOFFMANN**: "General Report on Contractual Obligations", en O. Lando, B. von Hoffmann, K. Siehr: *European Private International Law of Obligations*, pág. 9. En sus palabras, "*the formula of characteristic obligation, however, is manifestly too narrow to cover all types of contract. Many contracts are not primarily concerned with an exchange of goods and services for money; rather they contain an element of mutual confidence and collaboration, as in contracts of cooperations, sales concession and agency*". Más recientemente *vid.* **M. VIRGÓS SORIANO**: "La ley aplicable a los contratos internacionales...", *cit.*, pág. 5305, para quien "los contratos que tienen por objeto la cooperación de varias personas para el logro de una finalidad común (contrato de sociedad, en el sentido más amplio), no son aptos para el juego de la presunción, sino de la regla general de los vínculos más estrechos". En este sentido *vid.* también **L.F. CARRILLO POZO**: *El contrato internacional..., op. cit.*, pág. 187; **S. RAMMELOO**: *Das neue EG-Vertragskollisionsrecht, op. cit.*, págs. 327-329; **D. GUNST**: *Die charakteristische Leistung..., op. cit.*, págs. 198-202; **O. LANDO**: "The EEC Convention...", *cit.*, págs. 197 y 204.

cuenta que "típicamente los participantes se comprometen en los mismos derechos y obligaciones"[18]. Por último, desde posiciones abiertas a la posibilidad de identificar una prestación de ese tipo en los contratos de *joint venture*, cierta doctrina mantiene la idea de que este expediente no debería constituir el punto de partida para la determinación del Derecho aplicable a esos acuerdos, sugiriendo la necesidad de dar prioridad en la determinación del Derecho aplicable a las conexiones que tienen que ver con el elemento cooperativo de la relación y de relagar a un plano subsidiario el vigor localizador de la prestación característica[19].

---

[18] En este sector es patente el deseo de excluir cualquier tipo de afirmación categórica en este ámbito. Por ejemplo, para M. OERTLE, *por regla general* no podría hablarse de una prestación característica (la cursiva es nuestra) (M. OERTLE: *Das Gemeinschaftsunternehmen..., op. cit.*, pág. 96). Salvedad que introducen también otros autores. *Vid.* F. KNOEPFLER y O. MERKT: "Les accords de *joint venture*...", *cit.*, págs. 764-765 y en D. MARTINY: "Art. 28", *cit.*, pág. 1614; éste en relación con los contratos de cooperación (*Kooperationsverträge);* P.A.DE MIGUEL ASENSIO: *Contratos internacionales..., op. cit.*, pág. 294. Si bien negando su virtud como elemento de localización primario respecto al contrato de *joint venture*, la posibilidad de averiguar una prestación característica en los contratos de *joint venture* es afirmada también por L. HUBER: *Das Joint-Venture im internationalen Privatrecht*, Basel und Frankfurt am Main, Helbing und Lichtenhahn, 1992, pág. 96. Desde una posición crítica con la prestación característica, F.K. JUENGER: "The European Convention on the law Applicable to Contractual Obligations: somes Critical Observations", *Virginia Journal of International Law*, vol. 22:1, 1981, pág. 134, págs. 123-141, se limita a enunciar las dificultades que podrían surgir para discernir una prestación que caracterice el contrato de *joint venture* a la vista de su contenido. En la doctrina italiana se aprecian idénticos recelos hacia una exclusión de plano de esta técnica. *Vid.* U. VILLANI: "Aspetti problematici della prestazione caratteristica", *Riv.dir.int.pr.proc*, 1993, pág. 528; M. MAGAGNI: *La prestazione caratteristica nella convenzione di Roma del 19 giugno 1980*, Milano, Giuffrè, 1989, págs. 273-276; R. BARATTA: *Il collegamento più stretto..., op. cit.*, pág. 153. De forma más dubitativa, para M. FRIGO: "La determinazione della legge applicabile...", *cit.*, págs. 22-23, los contratos de cooperación se situarían entre aquéllos que revelan una *estrema difficoltà, se non di impossibilità, di individuare quale sia la prestazione caratteristica*. Resulta de interés, por último, la posición de A.L. MALATESTA, para quien, desde la atribución de un alcance secundario a la prestación característica respecto a la regla de los vínculos más estrecos en relación a los contratos de cooperación, sólo sería posible hallar una prestación característica cuando los índices de localización del contrato se encuentren dispersos entre varios países y al mismo tiempo subsista una diferencia significativa entre las prestaciones contractuales de las partes, mencionando como ejemplos las *joint ventures* de investigación en el sector aeronáutico o aeroespacial dirigidas en los respectivos países de pertenencia de cada participante, (A.L. MALATESTA: "La legge applicabile ai contratti di cooperazione tra imprese secondo la convenzione di Roma", *cit.*, págs. 176 y 178-179).

[19] En este sentido, *vid.* L. HUBER: *Das Joint-Venture..., op. cit.*, pág. 96. También B. WORTMANN: *Durchgriffshaftung..., op. cit.*, págs. 95-96.

Sin perjuicio de su orientación común, esta variedad de argumentaciones revela importantes divergencias en el entendimiento del sentido y funciones que han de atribuirse al expediente de la prestación característica para la determinación objetiva del contrato internacional. Este estado de ideas, sugiere la oportunidad de desarrollar el trabajo en dos direcciones sucesivas: en primer término, lejos de un tratamiento a la ligera, y menos de un rechazo inmediato de la técnica, es preciso efectuar una breve incursión en los aspectos conceptuales de la prestación característica y, especialmente, en el sentido y finalidad con los que el expediente ha sido recibido en el ámbito de soluciones que dispone el Convenio de Roma. Un rechazo definitivo del expediente en la regulación de los contratos de *joint venture* sólo podría derivar tras el análisis del valor y las funciones que el Convenio de Roma ha conferido a esa técnica en la determinación objetiva del Derecho aplicable. El objetivo del excurso es averiguar si el expediente de la prestación característica presta o no utilidad, y en su caso en qué medida, para la localización objetiva de la ley aplicable a los contratos de *joint venture*. De otro lado, es necesario analizar hasta qué punto quedan justificadas las razones que se han esgrimido por cierta doctrina para desbancar al expediente de la prestación característica como método primario para la determinación de la ley aplicable a los contratos de *joint venture*, en favor de otros elementos. Ello deberá efectuarse desde el examen de la congruencia de las razones aducidas con las finalidades y objetivos perseguidos por el Convenio de Roma cuando establece la presunción de máxima proximidad en favor de la ley del prestador característico.

2. Aproximación a la técnica de la prestación característica

Pese a la trascendencia que el CR atribuye a la ley del prestador característico en orden a la localización objetiva del contrato, la normativa convencional no contiene ulteriores precisiones que definan este concepto, sin que, por otra parte, puedan considerarse suficientes las explicaciones que ofrece el informe explicativo del Convenio[20]. Al efecto que interesa al presente trabajo -dilucidar el valor de esta técnica para la determinación de la ley aplicable a los contratos de *joint venture*-, conviene detener la atención en dos cuestiones: de un lado, han de analizarse las relaciones que fluyen entre la prestación característica y el tipo contractual, toda vez que sólo afirmando la inexistencia de una correspondencia unívoca entre ambos conceptos (tipicidad contractual/prestación característica) cabría identificar prestaciones de ese tipo en los contratos de *joint venture*, con la consiguiente producción de los efectos especiales que ello provoca en el proceso de localización objetiva del contrato; de otro, resulta del todo punto necesario acertar el fundamento -o fundamentos- que confieren a la ley del prestador característico la consideración de máximo exponente de la vinculación del contrato con un país. No sólo para poder precisar las situaciones en las que la inoperatividad de esta justificación o razón de ser debe determinar la marginación del Derecho hallado de ese modo, sino también,

---

[20] El informe explicativo (*vid.* M. GIULIANO y P. LAGARDE: "Informe...", *cit.*, pág. 19), se limita a reproducir ciertas ideas que expresaron los promotores de esta construcción, cuya actuación, sin embargo, puede no conducir a resultados idénticos de ley aplicable. En efecto, de un lado, la ley del prestador característico permitiría localizar el contrato desde elementos conectados con la vertiente interna del mismo (esencia del contrato), y no desde fuera. De otro, la prestación característica expresaría la función que la relación jurídica ejerce en la vida social y económica del país, permitiendo relacionar el contrato con el medio socioeconómico en el que se inserta. En los contratos bilaterales la prestación característica constituiría el centro de gravedad y la función socieconómica de la operación. *Vid.* sobre todo A.F. SCHNITZER: *Handbuch des internationalen Privatrecht, op. cit.*, págs. 639-646. Entre los análisis recientes de esta técnica con ocasión de su recepción en el convenio de Roma, *vid.* L.F. CARRILLO POZO: *El contrato internacional..., op. cit.,;* M. MAGAGNI: *La prestazione caratteristica nella convenzione di Roma del 19 giugno 1980,* Milano, Giuffrè, 1989; S. RAMMELOO: *Das neue EG-Vertragskollisionsrecht, op. cit.*

y especialmente, para valorar el grado de proximidad relativo que proveen otras conexiones cuando no pueda identificarse una prestación característica.

A) La prestación característica en los contratos atípicos

Desde la perspectiva de las ideas en que culminó el desarrollo de la técnica de la prestación característica, ésta viene definida desde una perspectiva externa al contrato actual. Característica es aquella prestación que corresponde al *tipo de contrato,* (lo dota de identidad), que sirve para distinguirlo de otros contratos (lo diferencia tipológicamente) y que, inversamente, no falta en ningún contrato de ese tipo. Para determinar la prestación característica *no serían decisivas las circunstancias del caso, sino sólo la estructura del intercambio pretendido por las partes* (la configuración tipológica del contrato en cuestión). Conforme a esta concepción, la posibilidad de averiguar una prestación característica se detiene en los contratos abstractamente típicos[21]. Por consiguiente, cuando el contrato actual no puede clasificarse en una categoría contractual, procede una determinación individualizada de ley aplicable mediante el recurso directo a la regla de los vínculos más estrechos.

No obstante, el alcance de la regla de la prestación característica puede ser mayor a la vista de la interpretación amplia de que ha sido objeto ese expediente. De

---

[21] El informe explicativo del Convenio de Roma parece secundar esta orientación cuando identifica la prestación característica con la propia de la *categoría de contrato. Vid.* M. GIULIANO y P. LAGARDE: "Informe relativo...", *cit.*, pág. 19. En este sentido *vid.* L.F. CARRILLO POZO: *El contrato internacional..., op. cit.*, pág. 71 y 123; M. VIRGÓS SORIANO: "La ley aplicable a los contratos internacionales...", *cit.*, pág. 5303; S. RAMMELOO: *Das neue EG-Vertragskollisionsrecht, op. cit.*, págs. 297-310, esp. pág. 309; D. GUNST: *Die charakteristische Leistung..., op. cit.*, pág. 200; U. VILLANI: "Aspetti problematici...", *cit.*, pág. 518.

un lado, se insiste en que las posibilidades de hallar una prestación característica no deberían detenerse en una tipicidad de carácter legal. La circunstancia decisiva no es que una figura negocial sea típica a la luz de un concreto ordenamiento, sino que sea posible delimitar una categoría de contratos -incluso sólo con base en la práctica negocial- con respecto a la cual quepa precisar la prestación característica[22]. Y de otro, se afirma que, cuando la configuración negocial impida aplicar la regla de base -es decir, considerar característica la prestación típica por la que se debe el pago-, ya sea porque sólo existen prestaciones monetarias, sólo prestaciones en especie, o porque las prestaciones recíprocas de los contratantes sean muy complejas o exista mezcla de prestaciones dinerarias y no dinerarias, habría que examinar otras circunstancias, de modo que sólamente no sería posible determinar una prestación característica en aquellas modalidadess contractuales en las que, tras analizar el contenido negocial, no fuera posible atribuir a la prestación (o conjunto de prestaciones) de una de las partes una primacía determinante al respecto[23]. Conforme a esta posición, la búsqueda de una prestación característica se erigiría así en el primer paso metodológico para la determinación de la ley aplicable a las construcciones contractuales *ad hoc* o a aquéllas con mezcla de tipos, que no

---

[22] *Vid.* P. DE MIGUEL ASENSIO: "La ley aplicable en defecto de elección...", *cit.*, pág 4; M. VIRGÓS SORIANO: "La ley aplicable...", *cit.*, págs. 5302-5303; I. SCHWANDER: "Die Behandlung der Innominatverträge im internationalen Privatrecht", *Innominatverträge. Festgabe zum 60. Geburstag W.R. Schluep*, Zurich, 1988, págs. 501-513. A juicio de U. VILLANI, existen modelos de contratos que, pese a adolecer de una regulación estatal, incorporan perfiles suficientemente precisos aptos para la identificación de una prestación característica. *"La prassi contrattuale determina cioè una tipizzazione di nuovi modelli contrattuali, nei quali possono farsi rientrare gli specifici contratti per i quali, in concretto, occorre individuare la legge applicabile. (...) Ciò che conta è che sia possibile delineare una determinata categoria de contratti (anche se solo in base alla prassi contrattuale), per poi determinare la prestazione da ritenere tipica rispetto a tale categoria"*, (U. VILLANI: "Aspetti problematici..." *cit.*, pág. 519)

[23] *Vid.* P.A.DE MIGUEL ASENSIO: "La ley aplicable...", *cit.*, págs. 4-5; *id.: Contratos internacionales..., op. cit.*, pág. 179; D. MARTINY: "Mangels Rechtswahl anzuwendes Recht. Art. 28", *cit.*, pág. 1560; Ch. VON BAR: *Internationales Privatrecht*, tomo II, Múnich, 1991, págs. 369-371.

responden a esquemas predefinidos[24]. La determinación de la ley aplicable mediante el empleo directo de la regla de los vínculos más estrechos quedaría así limitada a las situaciones en las que no cupiere atribuir preponderancia a alguna o algunas de las prestaciones del contrato, a los casos de paridad entre las prestaciones.

La valoración del planteamiento doctrinal descrito en último lugar exige, a nuestro modo de ver, retomar el planteamiento que se indicó más arriba relativo a la escisión del doble cometido que despliega la prestación característica en el proceso intelectual dirigido a la determinación objetiva de la ley aplicable en el sistema del Convenio de Roma. De un lado, desde la perspectiva de la promoción de la certeza e inmediación en la selección del Derecho aplicable que persigue el Convenio

---

[24] La identificación de la prestación característica en los contratos mixtos exigiría valorar el peso de las distintas prestaciones comprendidas en el contrato, con objeto de identificar aquélla que caracterice el contrato en su conjunto. Cuando sea el mismo contratante el que asume las prestaciones que caracterizan a los diversos tipos negociales combinados éste será el prestador característico; si conducen por el contrario a la aplicación de ordenamientos diversos será necesario identificar qué elemento es más relevante en el conjunto del contrato; en defecto de un prestación o conjunto de prestaciones principales, el Derecho aplicable será determinado en cada caso individualizadamente. Un desarrollo de estas ideas puede verse en K. KREUZER: "Know-how Verträge im deutschen internationalen Privatrecht", *Festchrift für E. von Caemmerer*, Tubinga, 1978, págs. 705-735, págs. 731 y ss. Para una visión completa del tratamiento que merecen en la selección del Derecho aplicable las distintas modalidades de contratos complejos y mixtos *vid.* D. MARTINY: "Art. 28", *cit.*, págs. 1569-1570. El autor se refiere al contrato *sui generis*, que no responde a un tipo definido legalmente o por la práctica, o al contrato con mezcla de tipos (*Typenverschmelzungsvertrag*). Si las partes concluyen un contrato de este modo, habría que averiguar la importancia conflictual de cada obligación y observar, a la vista del contenido del contrato, a cuál corresponde la primacía. En igual sentido, *vid.* I. SCHWANDER: "Die Behandlung der Innominatverträge...", *cit.*, pág. 508; P.A. DE MIGUEL ASENSIO: "La ley aplicable...", *cit.*, pág. 4; *id.: Contratos internacionales..., op. cit.*, pág. 243; M. VIRGÓS SORIANO: "La ley aplicable...", *cit.*, págs. 5303-5304. También *vid.* M. MAGAGNI: *La prestazione caratteristica..., op. cit.*, págs. 270 y ss y 318 y ss, si bien este autor, como solución preferible y anterior a la determinación, de forma individualizada, de la ley más estrechamente vinculada con el contrato, propone el fraccionamiento del contrato en presencia de paridad entre las prestaciones. *Cfr.* L.F. CARRILLO POZO: *El contrato internacional..., op. cit.*, pág. 159, que hace recurso al concepto de causa para la superación del *impasse* que la ausencia de prestación típica ocasiona en la actuación del método de la prestación característica. En el sector de los contratos sobre propiedad industrial, no faltan planteamientos que defienden la operatividad de la técnica de la prestación característica mediante su averiguación en el caso concreto, habida cuenta de la diversidad de la práctica negocial. *Vid.* A. ROY: *Lizenzverträge im Verkehr zwischen der Bundes republik Deutschland und der Republik Polen*, Frankfurt, Peter Lang, 1991, pág. 218 (citado por P.A.DE MIGUEL ASENSIO: *Contratos internacionales..., op. cit.*, pág. 243).

mediante el establecimiento de la presunción parece claro que, a medida que vaya siendo precisa la indagación en las circunstancias del caso concreto para descubrir una prestación característica, dejan de producirse los efectos típicos que cabe anudar a su existencia, especialmente en lo relativo al *ahorro de argumentación* que genera en favor de la ley del prestador característico[25]. La necesidad de acudir a un análisis de las circunstancias del caso se compadece mal con la pretensión, que parece ser inmanente a la técnica de la prestación característica, de determinar la ley aplicable desde una consideración externa al contrato actual, modo en el que se provee una mayor seguridad jurídica. La operatividad práctica de la técnica de la prestación característica, o más exactamente, la producción de los efectos que la existencia de esa prestación introduce en la determinación de la ley aplicable, queda, pues, condicionada a la posibilidad de insertar el contrato en un modelo establecido, ya sea por una normativa estatal o por la práctica de la contratación internacional, y de reconocer posiciones contractuales predefinidas en el contrato actual. A medida que el contrato en presencia deje de responder a esquemas predefinidos, no puedan identificarse posiciones contractuales típicas y, por tanto, no sea posible establecer una prestación característica del tipo contractual al margen de un examen que discurra a través de las circunstancias del caso, la determinación de la ley aplicable habrá de tener lugar a través de la regla del artículo 4.1 CR. La técnica que se analiza queda, pues, paralizada de cara a los contratos que no responden a un esquema definido, como sería el caso de los contratos *ad hoc* o *sui generis*, y no

---

[25] Como recientemente ha indicado **M. VIRGÓS SORIANO**, las presunciones se dirigen directamente a la fase de valoración de los contactos y vinculaciones del contrato para decidir con qué país se dan los vínculos más estrechos, y tienen por misión simplificar y automatizar la operación de la regla general. Basta con probar que se llenan sus condiciones de aplicación para que, automáticamente, se presuman los vínculos más estrechos con ese país, con el efecto fundamental de que la carga de la argumentación se desplaza sobre quien pretenda escapar de este Derecho. Precisamente por razón de los efectos que produce, "la presunción sólo tiene sentido cuando puede operar con una cierta seguridad (automaticidad o simplicidad). Sólo así contribuye a satisfacer las expectativas de las partes en torno a situaciones típicas. (...) Si son necesarias ulteriores investigaciones o valoraciones sobre las particularidades del contrato, deben éstas practicarse en el marco de la fórmula general". **M. VIRGÓS SORIANO**: "La ley aplicable...", *cit.*, págs. 5299-5300 y pág. 5304.

necesariamente, como se ha observado, en relación a los contrato atípicos.

Como resultado de esta reflexión hemos de concluir irremediablemente en la radical *imposibilidad de identificar una prestación característica en los contratos de joint venture*. En efecto, de un lado, el objetivo de certeza en la determinación del Derecho aplicable que persigue el Convenio de Roma a través del establecimiento de la prestación característica, así como el sentido de *inmediatez* que se atribuye a la presencia de una prestación de ese tipo en el contrato a la hora de la localización objetiva del contrato, resultan incompatibles con la necesidad de arbitrar un análisis de las circunstancias del caso. De otro, y aunque ciertamente no fue la idea inicial[26], lo cierto es que la evolución de la doctrina de la prestación característica culminó en conexiones apriorísticas, y este parece ser el sentido con el que se ha recibido la técnica en el Convenio de Roma. La imposibilidad de elaborar una tipología de los contratos de *joint venture* desde la consideración de las posiciones contractuales más frecuentes de las partes donduce a descartar la existencia de aquel tipo de prestaciones en estos contratos. En efecto, el hecho de que bajo la denominación *contratos de joint venture* quepan muy diferentes situaciones contractuales impide identificar, con carácter previo al análisis del caso, las posiciones contractuales de las partes. Esta circunstancia impide que la prestación característica cumpla su objetivo de proporcionar al juez y a las partes una determinación precisa y segura para conocer de modo sencillo el Derecho aplicable[27]. La identificación de una

---

[26] Resulta de utilidad recordar que con la ley de la prestación característica los promotores de esta construcción perseguían, entre otros objetivos, la exclusión de las conexiones apriorísticas. La creación de las categorías contractuales sólo habría derivado en un momento posterior de la construcción. *Vid.* S. RAMMELOO: *Das neue EG-Vertragskollisionsrecht, op. cit.*, pág. 302.

[27] Desde esta interpretación, en puridad, no podemos compartir la opinión de los autores que se citaron con anterioridad que indican cautelas a la inoperatividad del expediente de la prestación característica para la selección de la ley aplicable a los contratos de *joint venture*. Y de otro lado, la imposibilidad de identificar una prestación característica tampoco deriva a nuestro juicio de consideraciones de carácter ontológico relacionadas con la naturaleza cooperativa del contrato. En este sentido, ha de recordarse que en el contrato de sociedad simple la jurisprudencia suiza identificó como característica a la prestación del gestor.

prestación principal a través de la ponderación de las prestaciones del contrato en estos casos, y sin perjuicio de que pueda emplearse una noción amplia de prestación característica, no puede producir los efectos que determina la existencia de una prestación característica del tipo de contrato, singularmente la imposición de la carga de la argumentación para destruir la presunción.

Ahora bien, la necesidad de conducir el razonamiento conflictual a través de la regla de los vínculos más estrechos no supone menospreciar el fundamento de máxima proximidad que incorpora la presunción en favor de la ley del prestador característico. En este sentido, la doctrina que ha abordado el análisis del expediente con ocasión de su recepción en el Convenio de Roma, apunta la oportunidad de iniciar el proceso de selección de la ley aplicable a los *verdaderos contratos atípicos* a través del examen de las circunstancias del contrato, en busca de una prestación que responda al fundamento de la característica del contrato[28], siguiendo así las ideas

---

[28] La oportunidad de conducir la investigación de la ley más estrechamente vinculada mediante la búsqueda de las prestaciones más importantes del contrato, aunque ya no con carácter vinculante, ha sido afirmada por **M. VIRGÓS SORIANO**: "La ley aplicable a los contratos internacionales..." *cit.*, pág. 5304. Desde la perspectiva de las exigencias de justicia y de seguridad jurídica -afirma **M. MAGAGNI**- el correctivo más eficaz en las situaciones de inexistencia de una prestación del tipo de contrato no debería pasar por el abandono del examen del contenido del contrato en favor de la determinación de la *conexión territorial* más estrecha sino por el análisis del contrato a la luz de las razones de orden material que justifican la aplicación de la ley del prestador característico. *Vid.* **M. MAGAGNI**: *La prestazione caratteristica..., op. cit.*, págs. 321 y ss. esp. págs. 344-352. Si bien una nítida distinción de situaciones puede ser en ocasiones compleja, desde los efectos jurídicos que, a la hora de la motivación del fallo, produce la existencia en el contrato de una prestación característica, no podemos compartir la opinión de **M. MAGAGNI**, quien estima irrelevante que el juez funde la decisión en el artículo 4.2 o en el 4.1 **CR**, afirmando bien haber podido averiguar la prestación característica del contrato, bien que la prestación característica no podía ser determinada, y ello en cuanto las técnicas aplicativas del artículo 4.1 y 4.2 **CR** no pueden reputarse intercambiables. En un plano más general, tampoco podemos compartir plenamente la opinión de aquellos autores que, después de conceptuar a la prestación característica desde una perspectiva externa al contrato actual, afrontan la regulación de los contratos complejos y mixtos mediante la identificación de la prestación característica en aquella parte en la que, una vez valorado el contenido del contrato actual, se descubre el conjunto de prestaciones más complejas. En estos casos, sólo en sentido *lato* podría hablarse de prestación característica.

expresadas por los propios promotores de esa técnica[29]. Sin perjuicio de esta orientación general, es preciso retener que la ley hallada de este modo no concurre ahora al test de proximidad en situación de privilegio respecto a otras, al resultar inoperante la presunción, siendo necesario, por ello, que la aplicación de ese Derecho quede fundada en justificaciones de orden material, que acrediten una proximidad comparativamente mayor a la que proporcionan otras conexiones. La trascendencia práctica de esta aseveración en la localización objetiva de los contratos de *joint venture* podría resultar particularmente relevante a la vista de la orientación propuesta por cierta doctrina para la ordenación conflictual de estos acuerdos. En efecto, cierto sector de la doctrina suiza y alemana afirma la conveniencia de otorgar la prioridad conflictual a otros elementos, como la función básica del acuerdo o el componete cooperativo que incorpora, en cuanto de ellos podrían derivar índices útiles y apropiados para la localización objetiva de estos contratos, que derivarían de una consideración de su vertiente interna y permitirían el tratamiento diferenciado de los mismos.

A la vista de lo expuesto, el tratamiento conflictual que merecen los contratos de *joint venture,* como contratos atípicos, podría pasar por una de dos alternativas: bien por una localización a través de conexiones que respondan al fundamento de la prestación característica, o bien por otra que privilegie a las conexiones relacionadas con el elemento cooperativo del contrato. La proximidad que generan en estos contratos uno y otro tipo de conexiones queda, sin embargo, por demostrar. En esta tesitura, parece recomendable proseguir la investigación en una doble dirección.

---

[29] En efecto, tanto F. VISCHER: "Methodologische Fragen bei der objektiven Anknüpfung...", *cit.*, págs. 64-65, como A.F. SCHNITZER: "Die Zuordnung der Verträge im internationalen Privatrecht", *RabelsZ*, 33, 1969, págs. 17-29, pág. 25; *id.*: "Die funktionelle Anknüpfung im internationalen Vertragsrecht", *Mélanges en l'honneur de W. Schönenberger*, Friburgo, 1968, págs. 387-404, págs. 396-400, observaron la necesidad de comenzar el proceso de determinación de la ley aplicable a los verdaderos contratos atípicos (*Echte atipische Verträge)* mediante el expediente de la prestación característica.

Conviene realizar, en primer término, una incursión dirigida a averiguar las razones de orden material que otorgan una proximidad especial o de primer orden a la ley del prestador característico. En segundo, es preciso profundizar en la estructura y función de estos contratos para observar si, realmente, los criterios de conexión que derivan de tales elementos manifiestan una proximidad comparativamente mayor a la que deriva de los primeros. Para la realización de este análisis contamos con el instrumentario dado por la necesidad de satisfacer los intereses en presencia, y con la guía que prestan los principios materiales de este sector del Ordenamiento[30].

B) Perspectiva de análisis económico

Desde el plano de la política legislativa son varias las razones de justicia que, se ha dicho, determinan la conveniencia de aplicar la ley del prestador característico[31]: sobre todo, la prestación característica sería la prestación más compleja y, por tanto, aquélla que, comparativamente, es objeto de una disciplina jurídica más amplia y detallada respecto a la contraprestación, lo que determina el mayor interés de la parte que realiza esta prestación en la aplicación de su propio

---

[30] *Vid. supra* Capítulo Segundo, II, 2.

[31] *Vid.* U. VILLANI: "Aspetti problematici...", *cit.*, pág. 520; O. LANDO: "The EEC Convention...", *cit.*, págs. 201-203. Otras justificaciones que tradicionalmente se han manejado para evidenciar la conveniencia de esta ley han revelado insuficiencias y resultan hoy difícilmente sostenibles. Ni la *esencia* del contrato, ni su *función*, explican satisfactoriamente la aplicación de la ley del prestador característico. *Vid.* H.U. JESSURUN D'OLIVEIRA: "Characteristic Obligation in the Draft EEC Obligation Convention", *AJCL*, 1977, págs. 303-331; S. RAMMELOO: *Das neue EG-Vertragskollisionsrecht, op. cit.*, págs. 304 y ss, autor que afirma la esquizofrenia que supone fundar la conexión, a la vez, en la esencia del contrato (sin consideración de los aspectos externos) y en el medio económico social al que pertenece. También J.C. SCHULTSZ: "The Concept of Characteristic Performance and the Effect of the EEC Convention on Carriage of Goods", *Contract Conflicts, P.M. NORTH (Ed.)*, Amsterdan, 1982, págs. 186-187. Un resumen de las diferentes críticas que ha recibido el expediente de la prestación característica puede verse en P.A.DE MIGUEL ASENSIO: *Contratos internacionales..., cit.*, págs. 240-241.

Derecho; en segundo lugar, la parte que debe efectuar la prestación característica es normalmente un empresario (o un profesional), que realiza contrataciones repetitivas, en masa, de contenido análogo. Bajo esta perspectiva, la aplicación de esta regla supondría tutelar el interés de la parte profesional en el cálculo uniforme, y en base a su propia ley, de los costes y los riesgos de dicha contratación; por último, la parte deudora de la prestación característica sería aquélla que normalmente asume los mayores riesgos de la operación contractual, por lo que tendría un interés especial -y particularmente digno de tutela- en poder valorar tales riesgos a la luz de su propio Derecho, dada la presunción de mayor familiaridad o conocimiento de este Derecho.

Una vez consideradas estas razones, la doctrina insiste en la conveniencia de proseguir la selección del Derecho aplicable, en defecto de prestación del tipo de contrato, a través de conexiones que respondan, directa o indirectamente, al fundamento o fundamentos de esta prestación. Para D. Martiny[32], cuando las obligaciones recíprocas de prestación son muy complejas o se suministran a la vez prestaciones dinerarias y no dinerarias habrá de investigarse el contenido de las obligaciones en relación a su tipicidad profesional, a la asunción de mayor riesgo y al peso económico de las respectivas prestaciones. También M. Magagni retiene la regla de la distinta responsabilidad o riesgo que entraña cada prestación para las partes, a lo que une la circunstancia de que en la estructura negocial una de las prestaciones aparezca como remuneratoria de la otra[33]. Junto a esas reglas, sitúa el criterio de la distinta complejidad jurídica, entendido como la aptitud de una prestación o de un conjunto de prestaciones de comportar una mayor intervención de

---

[32] D. MARTINY: "Art. 28", *cit.*, pág. 1554.

[33] M. MAGAGNI: *La prestazione caratteristica...*, *op. cit.*, págs. 77 y ss.

normas de implementación (imperativas o supletorias)[34].

A la vista del objetivo de justicia que pretende satisfacer el artículo 4.2 CR mediante la atribución de una proximidad de primer orden a la ley del prestador característico, los esfuerzos doctrinales dirigidos a conducir la selección de la ley aplicable por los motivos de orden material que justifican esta regla deben merecer una valoración positiva de conjunto[35]. Y ello aunque, ciertamente, quede por verificar si tales propuestas conducen en el caso concreto a un único y mismo resultado[36]. En la actualidad, la conveniencia y razonabilidad de algunas de estas soluciones encuentran, como vamos a ver, justificaciones adicionales en el ámbito

---

[34] Por ejemplo, en el contrato de edición, la inexistencia de una prestación característica podría superarse si se constata que el editor es el contratante obligado a suministrar la prestación más compleja y que comporta una mayor intervención de normas imperativas o dispositivas. Además, por su dedicación profesional, estaría especialmente interesado en someter todas sus operaciones a un parámetro jurídico unitario. *Vid.* M. MAGAGNI: *La prestazione caratteristica...*, *op. cit.*, págs. 273-276.

[35] Desde una concepción que sitúa el valor del expediente de la prestación característica únicamente en el interés del cálculo uniforme del contratante profesional, en el sentido señalado por G. KEGEL, S. RAMMELOO afirma la necesidad de abandonar esa técnica cuando no concurra el interés mencionado y, por tanto, el escaso alcance de esa solución, (*vid.* S. RAMMELOO: *Das neue EG-Vertragskollisionsrecht...*, *op. cit.*, págs. 297 y 327). Según el autor, de la redacción literal de la norma de conflicto establecida por el artículo 4.2 CR no queda resuelta la cuestión de si la prestación característica debe interpretarse según un criterio fáctico-empírico, funcional, o normativo y *a priori*. No obstante, dado que la razón material adecuada para la conexión que establece el artículo 4.2 CR es el interés del cálculo (***Kalkulationsinteresse***), habría que dar la primacía a aquella de las variantes de la prestación característica que garantice mejor este interés. Por ello, el autor rechaza tanto una concepción fáctica empírica de la prestación característica, que produciría incerteza, como la variante funcional, que exigiría un juicio del caso que no sería apropiado. La necesidad de suscitar una contienda judicial cada vez que se quiera conocer el prestador característico aportaría poco al interés del cálculo uniforme en la moderna economía. Por ello, dice el autor, con el objetivo del artículo 4.2 CR sólo sería adecuada la variante normativa-a priori de la prestación característica. Para el autor, la averiguación de la prestación u obligación más compleja, o más característica, del contrato debería descartarse no sólo por razón de la insuficiente previsibilidad que genera, sino especialmente a la vista de la escasa compatibilidad con las exigencias de la diplomacia en el comercio internacional tanto de una valoración de este tipo del contenido del contrato como de la *bagatelización conflictual* que produce de alguna de las prestaciones.

[36] Cuando las soluciones difieran no cabría más solución que ponderar a su vez tales intereses, aunque, normalmente, la oportunidad de cada criterio vendrá dada por razón del sector de la contratación concernido.

de la teoría económica del Derecho. En efecto, dada la posibilidad de traducir las ventajas e inconvenientes que comporta, alternativamente, la aplicación del Derecho propio o de un Derecho extranjero en riesgos, costes y beneficios de carácter económico, entre los posibles parámetros apropiados para medir el interés conflictual de las partes, y para la identificación de la parte del contrato a la que resulta menos perturbadora la aplicación de un Derecho extranjero, cobra valor el instrumentario metodológico del análisis económico del Derecho orientado hacia la consecución de soluciones eficientes[37]. Con carácter general, esta metodología postula la imputación

---

[37] El ingreso de los esquemas de razonamiento típicos del análisis en la ciencia del Derecho no ha dejado de suscitar vivos debates, de lo que es expresiva la polémica que se suscitó entre K.H. FEZER, de un lado y H.B. SCHÄFER y C. OTT, de otro. Para el primero, la admisión de los postulados de la teoría económica en el Derecho produciría, inevitablemente, una simplificación de la complejidad del Derecho, ignorando quizás algunas de sus tareas esenciales (K.H. FEZER: "Aspekte einer Rechtskritik an der economic analysis of law und am property rights approach", *JZ*, 41, 1986, págs. 822-824; *id:* "Nochmals: Kritiks and der ökonomischen Analyse des Rechts", *JZ*, 43, 1988, págs. 223-228). Frente a tales reproches, H.B. SCHÄFER y C. OTT han afirmado la virtud de esta metología para proporcionar principios y criterios de argumentación, basados en la asignación eficiente de los recursos, de especial utilidad cuando el Derecho positivo no proporciona directamente valores en los que fundar la decisión jurídica (C. OTT y H.B. SCHÄFER: "Die ökonomische Analyse des Rechts - Irrweg oder Chance wissenschaftlicher Rechtserkenntnis?, *JZ*, 43, 1988, págs. 213-223; H.B. SCHÄFER y C. OTT: *Manual de análisis económico del Derecho civil*, Madrid, tecnos, 1991, págs. 21-29, pág. 338). Lejos de pretender erigirse en única pauta de valoración, el análisis económico permitiría realizar juicios de legitimidad del Derecho cuando resulte evidente el carácter económicamente ineficiente de una decisión jurídica. A través del análisis económico del Derecho se harían mucho más claras las relaciones jurídicas, "en la medida en que se logran transparentar los valores, riesgos e intereses que definen a cada una de las partes de una controversia jurídica" (P. BUROW: "Introducción al análisis económico del Derecho", *AC*, XLIII, 1993, pág. 828). En lo que concierne al DIPr., y frente a la situación anterior, en la actualidad se aprecia un interés creciente en proporcionar explicaciones de análisis económico a esta rama del Derecho (como trabajos pioneros, *vid.* K. SIEHR: "Ökonomische Analyse des Internationalen Privatrechts", *Festschrift für K. Firsching*, Munich, C.H. Beck, 1985, págs. 269-294; M.E. SOLIMINE: "An Economic and Empirical Analysis of choice of Law", *Georgia L.R.*, 1989, págs. 49 y ss. De forma más detenida, *vid.* D. GUNST: *Die charakteristische Leistung..., op. cit.*, págs. 133-134; H-J. SCHMIDT-TRENZ: *Außenhandel und Territorialität des Rechts. Grundlegung einer Neuen Institutionenökonomik des Außenhandels*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1990; D. SCHMIDTCHEN: "Territorialität des Rechts, internationales Privatrecht und die privatautonome Regelung internationaler Sachverhalte. Grundlagen eines interdisziplinären Forschungsprogramms", *RabelsZ*, 59, 1995, págs. 56-112; y entre nosotros, *vid.* F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ: "El régimen normativo de las transacciones privadas internacionales: una aproximación económica", *REDI*, vol. XLVII, 1995, págs. 11-39). No faltan sin embargo posiciones escépticas en relación a un análisis de este tipo (*vid.* especialmente la respuesta de J.K. JUENGER a la cuestión formulada por F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ en *Principios, objetivos y métodos del Derecho internacional privado. Balance y perspectivas de una década. Cuartas jornadas de Derecho internacional privado, Madrid, 4 y 5 de junio de 1993*, Madrid, 1994, págs. 61-62). Con todo, la posibilidad de extraer de

de los riesgos a la parte que puede evitarlos (*cheapest cost avoider)* o asegurarlos (*cheapest cost insurer)* con un coste menor[38]. En el DIPr. de contratos se trataría de seleccionar la ley más eficiente, es decir, aquélla que reduce el coste global de la operación mediante la introducción de una mejor relación costes-beneficios o de menores costes de transacción. Queda por ver, y de ello trataremos a continuación, si las conexiones propuestas encuentran o no explicación desde estos parámetros.

La penetración de la variable institucional en el análisis económico ha supuesto la introducción de grandes posibilidades de argumentación y de explicación en el ámbito del Derecho de contratos. Frente a la teoría económica tradicional, que consideraba el sistema institucional dado como un dato externo al análisis económico, el *movimiento de los derechos de propiedad* o *teoría de los property rights* introduce en el marco de análisis el estudio de los efectos que tiene la estructura institucional de todo problema económico para la eficiente asignación de los recursos[39]. Estas teorías propugnan una aproximación contractual al estudio de las relaciones económicas[40] y parten del intercambio en el mercado como mecanismo más eficiente de asignación de recursos en una sociedad, así como de la asignación al Derecho, en aras de esa eficiencia, de la función de reducir los *costes de transacción*,

---

los razonamientos económicos soluciones razonables y de sentido común en DIPr, así como de encontrar explicación y legitimidad desde tales parámetros a algunas respuestas del sistema no aconsejan un abandono apresurado de esta metodología. En esta línea, S. SÁNCHEZ LORENZO predica para el análisis económico un valor relativo en DIPr., siempre que se acepte con las debidas reservas y límites, constituyendo uno más, entre otros, de los instrumentos de una jurisprudencia de valores (S. SÁNCHEZ LORENZO: *Proyecto Docente y de Investigación, op. cit.*, págs. 196 y ss).

[38] *Vid.* H.B. SCHÄFER y C. OTT: *Manual de análisis económico del Derecho civil, op. cit.*, págs. 264 y ss.

[39] *Vid.* P. MERCADO PACHECO: *El análisis económico del Dereco. Una reconstrucción teórica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994, págs. 131-132.

[40] El alcance de la Nueva Economía Institucional no se ceñiría al ámbito contractual estricto. Numerosas cuestiones que *prima facie* carecen de un aspecto contractual podrían mostrar, tras un adecuado análisis, una estructura implícita de naturaleza contractual. *Vid.* F.J. GARCIMARTIN ALFEREZ: "El régimen normativo...", *cit.*, pág. 13.

convirtiéndose este concepto en clave para todas estas teorías[41]. Conforme a estas ideas, resulta del todo razonable que la creación e interpretación de las normas jurídicas en el sector contractual del DIPr. se oriente a la eliminación o reducción, en la medida de lo posible, de los costes de transacción que derivan específicamente del carácter internacional de una relación contractual[42].

Pues bien, junto a los mecanismos jurídico-públicos establecidos por los propios Estados para facilitar el comercio internacional, la reducción de los costes de transacción tiene lugar fundamentalmente a través del régimen jurídico privado aplicable a las operaciones internacionales que cada Estado ofrece[43]. Este sistema no sólamente tiene por finalidad la implementación del Derecho mediante la coacción

---

[41] Son costes de transacción los propios de un proceso de cambio en el mercado, es decir, los que surgen de la determinación, transferencia y ejecución de los derechos de propiedad y, sobre todo, los costes de *información* y de comunicación. En la doctrina jurídica española *vid.* J. ALFARO AGUILA-REAL: "Los costes de transacción", *Estudios en Homenaje al profesor Aurelio Menéndez, I, Introducción y títulos valor,* Madrid, Civitas, 1996, págs. 133-162.

[42] *Vid.* P. MERCADO PACHECO: *El análisis económico del Derecho, op. cit.*, págs 133-134; D. GUNST: *Die charakteristische Leistung..., op. cit.*, pág. 143. Conforme a esta idea, al Derecho de contratos imcumbiría la *facilitación del mercado*, es decir, disciplinar el intercambio de *property rights* para que éste consiga el resultado eficiente de asignar la titularidad de los derechos a aquellos que más los valoren. Al Derecho de contratos correspondería una doble función: en primer lugar *de incentivación y disuasión*, mediante el establecimiento de sanciones legales que estimulen la realización de la contraprestación, lo que se concreta en responsabilizar a las partes de sus promesas y en la distribución del riesgo entre las partes de tal forma que la responsabilidad contractual recaiga sobre aquella parte que los pueda asumir con el coste más bajo; en segundo lugar, el derecho contractual cumple una *función de planificación y de reducción de costes de transacción* mediante la facilitación de una serie de informaciones y reglas sobre las contingencias futuras que son previsibles en una relación contractual. *Vid.* P. MERCADO PACHECO: *El análisis económico del Derecho, op. cit.*, págs. 147 y 236; H.B. SCHÄFER y C. OTT: *Manual de análisis económico del Derecho civil,* Madrid, tecnos, 1991, pág. 261; C. PAZ ARES: "La economía política como jurisprudencia racional. Aproximación a la teoría económica del derecho", *ADC*, 1981, págs. 662-683; J. TORRES LÓPEZ: *Análisis económico del Derecho,* Madrid, Tecnos, 1987, págs. 55-60. Un examen de las funciones económicas del Derecho contractual puede verse en R.A. POSNER: *Economic Analysis of Law,* Boston, 1979, págs. 66-69 y A. KRONMAN: "Contract Law and Distributive Justice", *Yale Law Journal,* vol. 89, 1980, pág. 472; F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ: "El régimen normativo...", *cit.*, págs. 23-24.

[43] Indicando la contribución a la seguridad de la transacción que incorpora el DIPr. *vid.* D. SCHMIDTCHEN: "Territorialität des Rechts...", *cit.*, pág. 75. También *vid.* F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ: "El régimen normativo...", *cit.*, págs. 23 y 27.

física, asegurando la vinculabilidad del contrato[44], sino también facilitar los intercambios a través del establecimiento de un sistema regulador de los *contratos incompletos* que sea eficiente. El relieve central corresponde al concepto de contrato completo o perfecto (*vollständigen Vertrag*), que presupone la previsión de todas las contingencias que pueden devenir durante la vida del contrato[45]. Esta información, si fuera posible, conllevaría costes muy elevados y, a la postre, la ineficiencia del contrato. El análisis económico atribuiría a las normas jurídicas la tarea de eliminar o reducir este derroche de recursos a fin de aumentar la eficiencia y, por ende, el beneficio económico. Aparece así el sentido y finalidad de las normas del Derecho de contratos: reconstruir, de modo eficiente, el contrato perfecto en aquello sobre lo que las partes no se han puesto de acuerdo a causa de unos elevados costes de negociación[46]. El Derecho contractual se puede considerar como el intento de reconstruir el contrato perfecto y de imputar los riesgos sobre los que las partes no se han puesto de acuerdo, expresa o tácitamente, de tal forma que maximicen las

---

[44] F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ: "El régimen normativo...", *cit.*, págs. 19-20.

[45] Estamos ante un *contrato perfecto* cuando las partes, antes de concluir el contrato, se han puesto de acuerdo sobre la imputación de todos los riesgos asociados a su ejecución. Dado que en el contrato perfecto cualquier riesgo está ya imputado y que esta imputación afecta al precio de la prestación en forma paralela al valor previsto para aquél, el contrato ya no se halla expuesto a los riesgos que posteriormente podrían dar lugar a su modificcación, anulación o impugnación. El contrato es perfecto e inatacable. Sobre el concepto de contrato perfecto puede verse H.B. SCHÄFER y C. OTT: *Manual de análisis económico..., op. cit.*, págs. 261-264; D. GUNST: *Die charakteristiche Leistung..., op. cit.*, pág. 146; P. MERCADO PACHECO: *El análisis económico del Derecho..., op. cit.*, pág. 236. Con todo, indicando que este concepto sólo constituiría un juego de ideas dado que los altos costes de transacción, especialmente los de información, únicamente permiten la estipulación de contratos cuyos riesgos están incompletamente especificados, *vid.* H.B. SCHÄFER y C. OTT: *ibid.*, págs. 262-263. También *vid.* F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ: "El régimen normativo...", *cit.*, pág. 14.

[46] *Vid.* D. GUNST: *Die charakteristische Leistung..., op. cit.*, pág. 148; H.B. SCHÄFER y C. OTT: *Manual de análisis económico..., op. cit.*, pág. 263. Indicando las lagunas de regulación, conflictos normativos y déficits de implementación que de forma típica padecen las transacciones internacionales así como los mayores costes de información y asimismo mayores inversiones específicas que requiere la participación en el mercado internacional a consecuencia del fraccionamiento jurídico mundial y de la *incertidumbre constitucional* que ello conlleva, *vid.* F.J. GARCIMARTIN ALFEREZ: "El régimen normativo...", *cit.*, págs. 9-12; J. ALFARO AGUILA-REAL: "Los costes de transacción", *cit.*, pág. 155.

ventajas del contrato en la situación *ex ante* a su conclusión. La solución eficiente debería pues consistir en gravar con la contingencia no prevista por el acuerdo a aquélla de las partes que lo puede dominar con un coste menor.

El traslado de estas reflexiones al ámbito del DIPr., en concreto, a la problemática de las conexiones objetivas, arroja resultados de utilidad. Desligada de otros objetivos[47], la determinación de la ley aplicable en defecto de elección plantea fundamentalmente un problema de costes de información del Derecho *(Rechtsermittlungskosten)*. "La tarea del DIPr. consiste fundamentalmente en distribuir, de modo justo, el coste de información que surge cuando es preciso averiguar el Derecho extranjero, al ser aplicable el Derecho del cocontratante"[48]. Planteado como un problema de reparto de riesgos, la solución desde el análisis económico no plantea mucha dificultad: se aplicará el Derecho de aquella parte que debería incurrir en mayores costes de información jurídica si se aplicase el Derecho de la contraparte. O, dicho de otro modo, se aplicará el Derecho de aquella parte que se encuentra en peor situación para asumir el coste de información del Derecho

---

[47] La admisión de la autonomía conflictual en DIPr. de contratos distancia a la conexión objetiva de finalidades diferentes a las de proporcionar soporte normativo e integrar el contrato en modo de satisfacer los intereses de las partes.

[48] *Daß es dabei im wesentlichen um eine gerechte Verteilung der Informationsrisiken geht, die im Falle der Anwendung des Rechts der anderen Vertragspartei aus der notwendigen Ermittlung fremden Rechts entstehen. Vid.* W.H. ROTH: *Internationales Versicherungsrecht. Das Versicherungsverhältnis im internationalen Vertragsrecht -Zugleich ein Beitrag zum Schutz des schwächeren Vertragspartners im IPR und zur Dienstleistungsfreiheit in der EuropäischenGemeinschaft*, Tubinga, Mohr, 1985, pág. 318. Designando este riesgo específicamente como coste de transacción *vid.* A.J.E. JAFFEY: "The English proper law doctrine and the EEC convention", *ICLQ*, vol. 33, 1984, pág. 548. Más en general, para D. GUNST: *Die charakteristische Leistung..., op. cit.*, pág. 137, la tarea del DIPr. consistiría en repartir los riesgos y cargas que derivan de la internacionalidad de las relaciones jurídicas *(das Kollisionsrecht die Risiken und Lasten zu verteilen hat, die sich gerade aus der Internationalität der Rechtsbeziehung ergeben).* En igual sentido, concibiendo el DIPr. como un simple mecanismo de internalización de costes de transacción, siempre con el objetivo de conseguir soluciones de eficiencia global *vid.* S. SÁNCHEZ LORENZO: *Proyecto Docente y de Investigación, op. cit.*, págs. 196 y ss. Identificando también la ley aplicable como un problema de costes de información en el que cada parte no querría la aplicación de su ordenamiento tanto por creerlo *mejor* como por conllevar menores costes de información, *vid.* F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ: "El régimen normativo...", *cit.*, pág. 28.

extranjero. La construcción e interpretación de las reglas de DIPr. debería partir, según esta reflexión, de la identificación de la parte del contrato que ostenta el interés de protección conflictual relativamente mayor en la aplicación de su Derecho[49]. El DIPr. debe traducir en reglas de conexión el postulado del reparto del riesgo e imputarlo conforme a un criterio eficiente de distribución. No obstante, dado que los criterios de distribución de riesgos pueden ser variados[50], la proyección concreta en DIPr. de cada uno de ellos queda plasmada en conexiones diferentes. A continuación pasamos a examinar algunas de las conexiones que derivan directamente de un planteamiento economicista de la conexión objetiva, valorando la virtualidad de cada una de ellas en relación a los contratos de *joint venture*.

En primer término, la consideración del criterio de distribución del riesgo basado en su dominabilidad en abstracto, ha supuesto la atribución de un papel privilegiado en el ámbito de la localización objetiva del contrato a la *conexión por referencia a un mercado*. Aunque esta conexión encuentra su tradicional y más

---

[49] En este sentido *vid.* D. GUNST: *Die charakteristische Leistung..., op. cit.*, pág. 139. En sus palabras, *"das Interesse derjenigen Vertragspartei ist höher zu bewerten und daher ihr Recht anzuwenden, deren Belastung durch Transaktionskosten (Rechtsermittlungskosten) im Falle der Anwendung fremden Rechts ungleich stärker wäre als diejenige der anderen Partei im Falle der Anwendung des ihr fremden Rechts"*.

[50] Un elenco bastante completo de los principales trabajos puede verse en H.B. SCHÄFER y C. OTT: *Manual de análisis económico..., op. cit.*, en nota 8 de la pág. 263. Entre tales criterios, y siguiendo a J. KOLLER, se cuentan el principio de la dominabilidad en abstracto, el criterio de la absorción y el principio de la distribución o reparto. El principio de la dominabilidad en abstracto comporta la atribución del riesgo a la parte en cuya esfera o medio surge, y de cuyo comportamiento planificado cabe deducir que se sitúa en mejor situación para calcular ese riesgo, sin perjuicio de su capacidad concreta para dominarlo. Este criterio sólo deja de ser operativo a propósito de riesgos absolutamente extraordinarios, que no fuesen previsibles ni dominables. Conforme al principio de la absorción los riesgos se imputan a la parte que posee una capacidad mayor para minorarlos, o lo que es lo mismo, a la que se encuentra en mejor situación para amortiguar su efecto. Por regla general, el principio de la absorción y el principio de la dominabilidad en abstracto suelen imputar el riesgo a la misma parte. El principio de la distribución o reparto del riesgo (*arbeitsteiligen Veranlassung*) atribuye a cada parte sus propios riesgos. Este principio, que conduce a resultados distintos de los anteriores, se impone cuando las consecuencias del riesgo deben ser limitadas o cuando ambas partes gozan de idénticas posibilidades de dominabilidad del riesgo *(vid.* J. KOLLER: *Die Risikozurechnung bei Vertragsstörungen in Austauschverträgen*, 1979, págs. 77-98. Citado por D. GUNST: *Die charakteristische Leistung..., op. cit.*, págs. 153-155).

genuino vigor en el sector del Derecho de la competencia, en la actualidad se insiste en la posibilidad de erigir a este criterio en útil elemento de localización en el ámbito del DIPr. de contratos. No obstante, dada la frecuencia con la que puede interferir una con otra, resulta conveniente advertir la dualidad de sentidos que podría asumir una conexión de mercado en el ámbito del DIPr. de contratos. De un lado, esta conexión puede querer significar el impacto que tiene el contrato sobre un medio socioeconómico concreto, hablándose en este caso de *mercado afectado por el contrato*, de modo análogo a como se utiliza el término en el ámbito del Derecho de la competencia. De otro, y es el sentido que ahora interesa más, la conexión de mercado supone la concreción de las expectativas o previsibilidad de las partes en relación al Derecho aplicable desde un *mercado de referencia*[51]. A continuación pasamos al examen del significado de cada una de ellas, así como a la valoración de su utilidad en la localización objetiva de los contratos de *joint venture*.

En un monografía aparecida recientemente D. Gunst[52] propone una original explicación económica del sistema de soluciones del convenio de Roma (cláusula general de los vínculos más estrechos, presunción legislativa en favor de la residencia habitual del prestador característico y cláusula de escape). El autor parte de la *ley del mercado de referencia*, o mercado en el que se integra el contrato, como solución que traduciría el criterio del reparto del riesgo desde la planificación y el cálculo de los operadores. La solución eficiente, así como la verdadera conexión funcional[53],

---

[51] Ello no significa que la actuación de ambas conexiones no pueda determinar resultados coincidentes en muchos casos.

[52] D. GUNST: *Die charakteristische Leistung...*, *op. cit.*, págs. 166 y ss.

[53] A juicio de D. GUNST, si la conexión funcional es la conexión con un mercado, la presunción de la residencia habitual del prestador característico no respondería a una auténtica conexión funcional. Para ésta no sería relevante la esfera de organización y producción del prestador característico sino el mercado donde se unen oferta y demanda. No otro sería el sentido de la regla que formula el último inciso del artículo 4.2 CR, difícil de explicar al margen de una conexión funcional orientada al mercado. *Vid.* D. GUNST: *Die charakteristische Leistung...*, *op. cit.*, págs. 170 y ss.

vendría dada por la ley del mercado en el que se integra el contrato *(Marktbezogenheit)*, ya que quienes contratan en un mercado asumen los riesgos que de ello se derivan[54]. Esta idea conduce al autor a proponer un cuadro de soluciones de ley aplicable que giran en torno al mercado de referencia del contrato[55].

Desde la perspectiva de la previsibilidad de la solución de ley aplicable y, por tanto, desde un análisis realista de los intereses de las partes, una conexión por referencia al mercado puede proporcionar resultados satisfactorios en bastantes ocasiones, aunque no en todas. En efecto, y es el motivo de esta limitación, la operatividad de la regla exige la identificación de un mercado de referencia sobre

---

[54] En resumen sintético, el planteamiento de GUNST podría responder a este esquema: la internacionalidad de una situación económica suele derivar del desplazamiento de una de las partes del contrato, como oferente o como demandante, a un mercado extranjero. El mercado, lugar donde se unen la oferta y la demanda, se revelaría así como conexión apropiada para identificar la esfera en la que poder concretar el primero de los criterios de distribución de riesgo que se han identificado. El que como oferente o como demandante se traslada de forma planificada a un mercado extranjero, se desplazaría al tiempo a una esfera jurídica extraña y debería así contar con los riesgos que comporta la eventual aplicación del Derecho extranjero de su contraparte. Al contrario, el que ofrece o demanda prestaciones en su mercado no tendría razón para calcular la aplicación de un Derecho extranjero. Por regla general, la parte que participa de forma planificada en un mercado extranjero estaría en situación mejor para calcular la aplicación del Derecho de ese mercado. En esta óptica, la presunción no tendría otro valor que el de permitir la reducción de la incertidumbre en la determinación del Derecho aplicable habida cuenta que el Derecho hallado de este modo podría conducir en numerosas ocasiones a resultados satisfactorios. La marginación de la ley del prestador característico tendría lugar cuando ésta no fuere expresión de una verdadera conexión de mercado. *Vid.* D. GUNST: *Die charakteristische Leistung..., op. cit.*, págs. 159-169, 177-186, esp. 186. Indicando que, en puridad, podría entenderse que quien acude a otro mercado asume que se aplica la ley de ese mercado, sin que exista auténtico riesgo de que se aplique un Derecho ajeno, pues esa parte ya habría previsto la contingencia *cfr.* F.J. GARCIMARTIN ALFEREZ: "Recensión a D. GUNST: *Die charakteristische Leistung..., op. cit.*", *REDI*, vol. XLVI, 1994, págs. 969-971.

[55] En primer término es preciso examinar si en el contrato puede identificarse, sin dificultad, una prestación característica, que no obstante será corregida cuando ésta no responda a una verdadera conexión funcional de mercado. En defecto de prestación característica, la actuación de la regla de los vínculos más estrechos deberá orientarse al mercado de referencia en el que se integra el contrato. Sólo en su defecto, podrá operarse directamente con el principio del reparto del riesgo concreto para decidir cual de las partes contractuales domina mejor el riesgo de la aplicación del Derecho extranjero. Si ambas partes dominan este riesgo de igual modo y no resulta tampoco ningún elemento que sirva para concretar el centro de gravedad del contrato en uno solo de los ordenamientos en presencia, no cabrá sino el recurso al fraccionamiento objetivo del contrato (art. 4.1 CR), localizándolo separadamente. *Vid.* D.GUNST: *Die charakteristische Leistung..., op. cit.*, págs. 189-194 y 232-234.

cuyo Derecho pueda entenderse orientada la previsibilidad jurídica de las partes, lo que no sucederá siempre. Como primer filón de casos que toleran una conexión de mercado puede mencionarse la contratación realizada en determinadas instituciones especializadas cuya función es servir a la unión de oferta y demanda. En tales situaciones resulta ciertamente razonable entender que el desplazamiento de las partes, o de cualquiera de ellas, a una institución de este tipo determina -hace previsible- la aplicación del Derecho de ese Estado[56]. Fuera de un mercado organizado (*organisierte Märkte*), la regla del mercado de referencia también se revela operativa cuando la contratación trae causa de una política de empresa realizada por medio de prácticas planificadas de oferta o de demanda desplegadas por uno de los contratantes en el país de la contraparte, sobre todo para realizar contrataciones en masa[57], casos en los que normalmente las normas llevan incorporada una finalidad de protección[58]. La aplicación en estos casos de la ley del

---

[56] Tal sería el caso de los contratos realizados en bolsas de valores *(Börsen)* o en mercados minoristas locales (*lokalen Einzelhandel*), o subastas. *Vid.* O. LANDO: "The EEC Convention on the Law...", *cit.*, págs. 201-202.

[57] Haciendo especial hincapié en el carácter planificado (*planmäßigen)*, de esta actividad *vid.* W-H. ROTH: *Internationales Versicherungsvertragsrecht, op. cit.*, pág. 422. Ello tendría lugar, por ejemplo, a través de la creación de un establecimiento, la utilización planificada de agentes y representantes, el empleo de publicidad o de ofertas públicas sobre el mercado, etc. Al que opera habitualmente y de modo continuo en un mercado no se le podría exigir que previera la aplicación del Derecho extranjero. Al contrario, a aquél que de forma planificada se ha desplazado a un mercado extranjero sí podría serle exigido ese cálculo. En este sentido, haciendo referencia al desplazamiento del centro de gravedad del contrato en tales casos, *vid.* O. LANDO: "The EEC Convention on the Law...", *cit.*, págs. 201-202. También *vid.* U. VILLANI: "Aspetti problematici...", *cit.*, pág. 526. La exigencia de este carácter planificado de la contratación determina que no resulte adecuada la posibilidad de seguir una interpretación amplia de la conexión de mercado que postule, por ejemplo, que aquella parte que simplemente tiene la iniciativa de la contratación debe ser gravada, en todos los casos, con la aplicación del Derecho extranjero. En este sentido, *vid.* F.J. GARCIMARTIN ALFEREZ: "Recensión a D. GUNST, *cit.*, pág. 971.

[58] La finalidad protectora de las normas aconsejaría en ciertos sectores la aplicación de la ley del *mercado afectado*. En relación al contrato de seguro, *vid.* W-H. ROTH: *Internationales Versicherungsvertragsrecht, op. cit.*, págs. 395 y ss. Según el autor, el objetivo de protección que domina el Derecho de seguros -protección conflictual del tomador del seguro a través de la aplicación del Derecho de su medio (*Umweltrecht)*, igualdad de oportunidades de los aseguradores en Derecho de la competencia- aconseja una delimitación del Derecho aplicable desde la perspectiva del efecto de los contratos sobre los respectivos mercados. La conexión por referencia al mercado determinaría la aplicación del Derecho sobre cuyo mercado se produce el impacto de la transacción en el nivel del

mercado de referencia consigue imputar el coste de información del Derecho extranjero a aquella parte que, por el hecho de su planificación, se encuentra objetivamente en mejor situación para asumir o calcular ese efecto, erigiéndose por tanto en solución eficiente desde la perspectiva de los postulados del análisis económico. No obstante, al margen de estas situaciones puede resultar arduo, e incluso arbitrario, pretender averiguar un mercado de referencia. En efecto, en ausencia de una actividad planificada de oferta o de demanda la conexión de mercado sólo podría ser entendida en el sentido de *mercado afectado* o *mercado en el que se integra el contrato*, conduciendo estos criterios a resultados manifiestamente inadecuados a la vista de los valores que orientan a la conexión objetiva en el DIPr. de contratos[59]. La imposibilidad de establecer o presumir en estas situaciones una previsibilidad de las partes favorable a la aplicación de alguno de los Derechos en presencia, determina que la operatividad de la conexión de mercado quede circunscrita a los supuestos en los que exista un verdadero desplazamiento comercial planificado de una de las partes al mercado del cocontratante[60].

A la vista de estas razones se puede comprender fácilmente que la conexión por referencia a un mercado no resulta, salvo, claro está, casos de excepción, ni apropiada ni operativa al objeto de la localización de los contratos de *joint venture*, afirmación que es posible extender sin dificultad al conjunto de los contratos de

---

consumo o de las ventas (*Absatzstufe*).

[59] La conexión objetiva no sería el lugar apropiado para dar relevancia a los intereses de regulación del Estado. No obstante *vid.* D. GUNST: *Die charakteristische Leistung...*, *op. cit.*, págs. 189-194, autor que, después de establecer con claridad la regla del mercado de referencia, para la localización objetiva de los *Sperrabreden*, o acuerdos entre empresarios para no contratar, respectivamente, a los trabajadores que sean cesados durante el transcurso de un determinado plazo o en determinadas condiciones, pergeña diversas conexiones que tienen que ver con la idea de *mercado afectado* (*ad. ex.* mercado de trabajo, mercado de efectos sobre el mercado de competencia relevante para las partes).

[60] Parece claro que la conexión de mercado encuentra su campo más apropiado en el ámbito de la contratación en masa a través de establecimientos de cara al público en general.

cooperación. En concreto, la presencia de determinadas circunstancias que suelen intervenir en estos contratos, resta provecho a la posibilidad de advertir grados diferentes de calculabilidad en las partes sobre la aplicación de un determinado Derecho. De un lado, desde la parte que surge la iniciativa de la contratación resulta difícil entender que exista un *desplazamiento planificado* en el sentido que se dijo más arriba, dado el carácter puntual que suele manifestar este tipo de operaciones, lo que determina que exista la planificación que es requerida para imputar el riesgo conflictual a través de la regla del mercado[61]. De otro, desde la perspectiva del contratante que recibe la oferta de concertar la *joint venture*, ciertos índices impiden considerar que esta parte haya de entenderse ajena a los riesgos asociados a la internacionalidad del contrato y expresan, por el contrario, un indefectible conocimiento de ese riesgo[62]. La presencia de estos índices en los contratos de *joint venture* comporta la escasa o nula virtualidad de la conexión por referencia a un mercado para la determinación objetiva de los contratos de *joint venture*[63].

Como se dijo, la regla de mercado puede entenderse también en una acepción distinta a la que se acaba de exponer, que tiene ya poco que ver con una perspectiva

---

[61] Por ejemplo, no sería razonable derivar la aplicación de la ley china del hecho de que una sociedad española proponga a una sociedad de ese país la creación de una *joint venture*. En línea de hipótesis, y desde esta perspectiva, la conexión de mercado podría actuar en situaciones, del todo anormales en este tipo de contratación, en las que, por ejemplo, una empresa decida concluir contratos de *joint venture* con una pluralidad de empresas en un país, estableciendo a este efecto un establecimiento en ese país.

[62] La duración dilatada de la negociación entre las partes que caracteriza a estos contratos -no se trata de una contratación instantánea o de adhesión- así como el carácter complejo de estos contratos impiden considerar que el riesgo de la aplicación del Derecho extranjero no sea calculable por esta parte. Como regla general, podría decirse que la duración de la negociación sería inversamente proporcional con la previsibilidad para la parte local de poder contar con la aplicación del Derecho extranjero. Además, también el carácter puntual de la operación para esta parte, así como el carácter fiduciario o de confianza de la relación jurídica constituida, hacen que deba excluirse la consideración de una calculabilidad diversa en la aplicación del Derecho local.

[63] Debe descartarse también la posibilidad de actuar la conexión de mercado para aplicar la ley de la sede de la sociedad *joint venture*, dado el modo en que es preciso entender esta conexión.

de análisis económico, y en la que el acento se sitúa en la capacidad del contrato de afectar a un medio socioeconómico o mercado estatal[64]. La doctrina ha señalado, sin embargo, las dificultades e inconvenientes que puede suscitar la consideración de esta conexión. En efecto, su afirmación parte de una doble premisa: de un lado, que el contrato realmente produce un impacto sobre el mercado; y de otro, que sólo afecta a la economía del país de una de las partes del contrato. A la vista de estas consideraciones, este entendimiento de la conexión de mercado merece una valoración negativa. En primer término, pese a que ésta haya sido una de las justificaciones tradicionales de la prestación característica, la mejor doctrina ha puesto de relieve lo falaz que resulta afirmar que la economía del país de un contratante resulta más afectada por el contrato que la del otro[65]. Pero aún más, la consideración de los valores que orientan las soluciones de ley aplicable en este sector debe comportar el rechazo de este método de localización. No obstante, para observar la virtualidad de esta conexión se muestra apropiada la distinción entre los contratos integrados en un esfera estatal (*ad. ex.* en aquellos sectores en los que se persigue una determinada política como por ejemplo los contratos de consumidores), y los contratos comerciales en los que las partes gozan de un ámbito de libertad más

---

[64] Con este sentido se describe la prestación característica en el informe explicativo del Convenio de Roma, donde se afirma que permitiría relacionar el contrato *con el medio socioeconómico en el que vaya a insertarse. (vid.* M. GIULIANO y P. LAGARDE: "Informe relativo...", *cit.*, pág. 19).

[65] En efecto, esta justificación de la prestación característica ha sido, en general, severamente criticada en cuanto parte de la premisa, no demostrada, de que un contrato afecta más a la economía del país en el que reside el prestador característico que a aquélla del cocontratente *(vid.* O. LANDO: "The EEC Convention...", *cit.*, pág. 203; F.K. JUENGER: "Parteiautonomie und objektive Anknüpfung im EG-Übereinkommen. Eine Kritik aus amerikanischer Sicht", *RabelsZ*, 46, 1982, pág. 77). La consideración del Derecho del país en el que se produce el impacto económico del contrato sólo podría admitirse en relación al Derecho imperativo *(jus cogens)* y no cuando sólo está en juego el interés de las partes (A.J.E. JAFFEY: "The English proper law doctrine...", *cit.*, pág. 546). En las palabras de Th.M. DE BOER, *since the authors of the characteristic performance theory did not envisage the function of substantive law, but (at best) the socio-economic function of contracts, the connecting factors they chose do not reflect substantive law policy but (at best) a dubious socio-economic notion that contracts have more impact in economies supplying goods and services than in those demanding them.* (Th.M. DE BOER: "The EEC Contracts...", *cit.*, págs. 48-49). Relacionando esta idea con los prejuicios de los constructores de relojes de cucú y de la industria hotelera suiza, *vid.* H.U. JESSURUN D'OLIVEIRA: "Characteristic Obligation...", *cit.*, págs. 303-331.

amplio[66]. La determinación de la ley aplicable a los segundos desde la consideración del mercado afectado escasamente resulta satisfactoria toda vez que no coordina con los intereses en presencia en estos casos, al no ser la conexión objetiva el vehículo idóneo para satisfacer políticas estatales[67].

En defecto de una esfera de mercado desde la que quepa distribuir de forma eficiente el coste de información del Derecho extranjero, esta operación exige el examen de la capacidad actual de cada contratante para asumirlo[68], siendo preciso, por tanto, hallar criterios de conexión que expresen esa misma idea económica. En este sentido, y en primer lugar, para la localización objetiva de los contratos de *joint venture* se ha propuesto el criterio de la mayor responsabilidad y de la asunción del mayor riesgo en la operación (*Verantwortung und Risikoübernahme)*[69]. En caso de litigio -se afirma- este criterio conduciría a la aplicación de la ley del participante que posee el interés económico mayor en la *joint venture*[70]. Para comprender el

---

[66] La distinción entre contratos integrados en la esfera de un Estado y contratos comerciales se debe a F. VISCHER. La dualidad de contratos arranca de la necesidad de tener en cuenta los intereses de las partes y los objetivos de política legislativa del Estado en la elaboración de las soluciones de DIPr. Dadas las limitaciones a la libertad individual que aparecen en Derecho material, en el que predominan normas imperativas que afectan a los principales deberes de las partes o al objeto del contrato, los contratos integrados (contratos donde existe normalmente una parte débil o necesitada de protección), serían absorbidos por la esfera social del país a que afectan (*vid.* F. VISCHER: "The antagonism...", *cit.*, págs. 31-40).

[67] Cuestión distinta es que, en razón del cúmulo mayor de normas imperativas que una determinada ley proyecta, de hecho, sobre la regulación del contrato (*ad. ex.* la ley del país de ejecución), sea preciso valorar la vinculación especial de esta ley con el contrato desde la perspectiva de la previsibilidad de las partes o de su interés en evitar la inseguridad que podría generar un eventual *dépeçage*.

[68] D. GUNST: *Die charakteristische Leistung..., op. cit.*, págs. 192, 195 y 233.

[69] *Vid.* M. OERTLE: *Das Gemeinschaftunternehmen..., op. cit.*, págs. 97-98.

[70] *Vid.* M. OERTLE: *Das Gemeinschaftsunternehmen..., op. cit.*, págs. 97-98. Indica el autor que este criterio se situaría en coordinación con el fundamento de la aplicación de la ley del prestador característico, toda vez que la prestación característica en el contrato de *joint venture* consistiría en la asunción de un determinado riesgo empresarial por cada participante. En este sentido, ha de recordarse que, para implementar el expediente de la prestación característica, el Tribunal Federal suizo ha considerado ocasionalmente al criterio de la distribución del riesgo *(vid.* K. LIPSTEIN:

alcance real del criterio de conexión que se analiza, y para verificar su engarce con los objetivos de una conexión eficiente desde una perspectiva de análisis económico, resulta conveniente aclarar lo que se quiere decir cuando se habla de la mayor asunción de responsabilidad o riesgo por uno de los participantes en la operación. En efecto, el contrato de *joint venture* constituye un acuerdo entre los participantes en el que los compromisos de unos y otros socios aparecen como correspectivos y equilibrados, circunstancia que, en principio, puede generar dudas sobre la posibilidad de afirmar que alguno de los participantes asume un riesgo o responsabilidad superior a la del resto. Frente a este planteamiento, para entender la virtualidad del criterio de conexión que se analiza resulta de utilidad la noción de *inversión específica*, entendiéndose por tales aquellas inversiones en activos cuyo valor es mucho mayor en una transacción particular que en cualquier otra[71]. Como ejemplo de contrato de *joint venture* en el que esta conexión resulta practicable, puede pensarse en una operación a través de la que uno de los participantes pretenda penetrar en un mercado extranjero mediante la constitución de una *joint venture* con una sociedad local, en la que ésta limite su actividad, fundamentalmente, a habilitar, al propósito de la *joint venture*, los canales de distribución de los que ya dispone. En este caso, las inversiones de la sociedad participante extranjera son específicas en la medida en que su utilización alternativa respecto al objeto de la contratación actual resulte imposible o, en todo caso, excesivamente onerosa. Este puede ser también el

---

"Characteristic Performance -A new concept in the Conflicts of Laws in Matters of Contract for the EEC", *Nortwestern Journal of International Law and Business*, 1981, pág. 407). Desde la construcciones doctrinales que, para la localización objetiva de estos contratos, privilegian el momento cooperativo, también se afirma una potencia localizadora importante para la conexión basada en el riesgo o responsabilidad, si bien supeditada a la impracticabilidad de las primeras (*vid.* W. von STEIGER: "Die einfache Gesellschaft im internationalen Privatrecht", *ASDI*, XIV, 1957, pág. 24). Por ejemplo, la practicabilidad de esta conexión determinaría el desplazamiento del Derecho de la sede de la sociedad *joint venture* que coincida con la sede de un participante en favor del Derecho aquél que asume el riesgo preponderante en la operación (*Vid.* L. HUBER: *Das Joint-Venture..., op. cit.*, pág. 108; B. WORTMANN: *Durchgriffshaftung im joint venture, op. cit.*, pág. 98).

[71] Los activos específicos son activos que no pueden reaprovecharse en otras actividades. *Vid.* F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ: "El régimen normativo...", *cit.*, pág. 14.

caso de muchas *joint ventures* cuyo objeto sea la explotación de recursos minerales o yacimientos petrolíferos. Desde la perspectiva de los intereses en presencia, el criterio propuesto se revela satisfactorio. En efecto, si el interés en la relación se mide en términos de asunción de riesgo, esta solución protege el mayor interés y, contemporáneamente, el mayor interés en la aplicación del propio Derecho. Ahora bien, la naturaleza del criterio de conexión basado en el riesgo diverso comporta que su operatividad quede limitada a las situaciones en las que aparezca, con neta claridad, el mayor riesgo asumido por una de las sociedades participantes en la *joint venture*[72]. En caso contrario, habrá que atender a otros criterios.

En segundo lugar, la diversa complejidad jurídica de las prestaciones del contrato, y la distinta exigencia de implementación de unas y otras por el Derecho, han sido también adelantadas por los promotores de la prestación característica como argumentos que justificarían la aplicación de esta ley[73]. En la actualidad, el parecer mayoritario también mantiene la idoneidad del criterio para erigirlo en fundamento válido para determinar la aplicación de esa ley[74]. La explicación sería

---

[72] Precisamente por los problemas de valoración que puede originar, sobre todo en el caso de las *joint ventures* paritarias, se ha estimado que la asunción de riesgo debería tomarse sólo como una pauta en la delimitación objetiva del Derecho aplicable, que debería ir apoyada por la concurrencia de otras conexiones (*vid.* L. HUBER: *Das Joint-Venture..., op. cit.*, pág. 108).

[73] Una relación directa entre la prestación más compleja y la prestación característica puede encontrarse en A.F. SCHNITZER: *Handbuch..., op. cit.*, pág. 642, quien define la prestación característica como aquélla que, frecuentemente, exigirá una mayor implementación (*was immer wieder der Regelung bedarf*).

[74] Un sector importante de la doctrina indica que las obligaciones de la parte que efectúa la prestación característica son más detalladas, más complicadas y más reguladas por el Derecho en relación a las obligaciones de la otra parte *(vid.* O. LANDO: "The EEC Convention...", *cit.*, págs. 201-203). Poniendo el acento en las mayores exigencias de suplementación jurídica y de delimitación de la prestación característica, así como sobre su mayor exposición al riesgo conflictual, *vid.* M. VIRGÓS SORIANO: "La ley aplicable...", *cit.*, pág. 5305. En relación al contrato preliminar de sociedad, que tiene lugar en la fase previa a la constitución de una persona jurídica en la que un conjunto de personas se ponen de acuerdo para aportar una serie de bienes para un mismo fin, L.F. CARRILLO POZO sostiene como solución razonable (respetuosa del principio de regulación acogido) la toma en consideración de *la ley de la parte que realiza la prestación de mayor entidad,* (*vid.* L.F. CARRILLO POZO: *El contrato internacional..., op. cit.*, pág. 157). De este modo de proceder es

sencilla: al asumir la ejecución de las prestaciones más complejas del contrato, el prestador característico necesita consultar en mayor medida el ordenamiento para la ejecución de sus obligaciones. Por ello, dice A.J.E. Jaffey, la aplicación de la ley del prestador característico no es ajena a la idea de favorecer a aquella parte del contrato que, más probablemente, tendrá que actuar o averiguar las reglas jurídicas aplicables a su prestación[75]. Desde la perspectiva de análisis económico que ahora

---

ilustrativa la Sentencia del Tribunal holandés de Arnhem (RB Arnhem) de 13 de julio de 1989 (*NIPR*, 1989, págs. 513-516, núm. 432). Sucintamente, la Sociedad norteamericana de Connecticut *Sea Air Holidays Ltd.* (SAH), tour operador de este país, llegó a un acuerdo en julio de 1983 con *Intercruise Holding B.V.*, sociedad de nacionalidad holandesa dedicada a la realización de cruceros de ocio en los ríos de Europa occidental, según el cual la primera sería vendedora en exclusiva en Estados Unidos y Canadá de los cruceros de *Intercruise*. Tras producirse un desacuerdo entre las partes referente a la ejecución del contrato, éste quedó extinguido al final de la temporada de 1984. No obstante, SAH dedujo demanda ante el tribunal de Arnhem reclamando indemnización por daños y perjuicios por incumplimiento de contrato por parte de *Intercruise*, discutiéndose en el litigio, entre otros extremos, sobre el Derecho aplicable al contrato. Desde la perspectiva de SAH, la relación entre ambas sociedades era de mayorista-agente, lo que comportaba la aplicación del Derecho de Connecticut, tanto según el Derecho norteamericano como según el Derecho holandés. Por el contrario, *Intercruise* opinaba que la relación entre ambas sociedades iba más allá que una simple relación mayorista-agente, en cuanto esta sociedad llevaba el peso de las obligaciones del contrato. En concreto, esta sociedad debía aportar los barcos, incluida la tripulación, y adaptar los mismos al gusto americano. El tribunal consideró que el contrato no se limitaba a una relación mayorista-agente sino que constituía un acuerdo *sui generis*, calificación que derivó de los siguientes extremos: SAH compraba plazas del barco por un precio predeterminado, teniendo libertad para determinar sus propios precios; en el caso de anulación de reservas, SAH asumía la responsabilidad; cuatro semanas antes del crucero, SAH debía ingresar el dinero correspondiente en una cuenta que quedaba bloqueada; en la propaganda de SAH sólo aparecía una vez el nombre de Intercruise, diciendo que el control del crucero lo llevaban SAH, Intercruise y Van Holst; el contrato contemplaba la posibilidad de alquilar el barco entero. Por todo ello, el tribunal estimó que, por ser la sociedad holandesa la que llevaba el peso de las actividades del contrato, debía aplicarse el Derecho holandés. De este modo, la reclamación de SAH de *punitive damages* fue rechazada por el tribunal dado que esta reclamación quedaba basada en el Derecho de Connecticut, opinando el tribunal que era aplicable el Derecho holandés

[75] En las palabras del autor *"a sensible ground of convenience for choosing between the parties'laws would be to select the law of the party who is more likely, or likely more often, to have to ascertain and act on rules of law in the course of his performance: the law of the party whose performance, and obligations in relation to it, are the more complex". Vid.* A.J.E. JAFFEY: "The English proper law doctrine...", *cit.*, pág. 547; *id:* "Choice of Law in Relation to Ius Dispositivum with Particular Reference to the EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations", *Contract Conflicts, P.M. North (ed)*, Amsterdan, 1982, pág. 37. Indicando la expectativa menor que tendría el contratante que realiza la prestación menos compleja de recibir la ejecución estipulada conforme al standard de justicia que deriva de su propio Derecho, *vid.* K. LIPSTEIN: "Characteristic Performance...", *cit.*, págs. 410 y ss. En una posición crítica en relación a la posibilidad de fundar la aplicación de la ley del prestador característico en la mayor complejidad de las prestaciones asumidas por éste, *vid.* sobre todo D. GUNST: *Die charakteristische Leistung..., op. cit.*, págs. 120-

interesa, tampoco resulta difícil considerar como solución eficiente a la consistente en aplicar la ley de aquélla parte que suministra las prestaciones más complejas, toda vez que con ello se logra reducir el coste global de información del Derecho extranjero que puede entrañar la operación. Se trataría, por tanto, de aplicar la ley de aquella parte del contrato que, *ex ante*, más demanda de normas jurídicas vaya a hacer, es decir, de aquella parte para la cual vaya a ser más necesario acudir al sistema jurídico estatal[76].

El razonamiento descrito invita a proponer, como solución satisfactoria para resolver, en muchos casos, los problemas de localización objetiva que suscitan los contratos de *joint venture*, la aplicación del Derecho del participante que corre con el conjunto de las prestaciones más complejas del contrato, al erigirse ésta en solución que logra una distribución eficiente del coste de información del Derecho extranjero, imputándolo a aquel participante cuyas obligaciones precisan de una menor suplementación jurídica[77]. En efecto, la aplicación de esta ley aparece en

---

122. Y también, aunque de forma matizada, *vid.* D. MARTINY: "Art. 28", *cit.*, pág. 1554.

[76] *Vid.* F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ: "El régimen normativo...", *cit.*, págs. 28-29. Expresado de otra manera, dice el autor, se aplicaría el Derecho de aquella parte que debería incurrir en mayores costes de información jurídica si se aplicase el Derecho de la contraparte. De esta forma se atribuye ese *property right* -el derecho a que se aplique su ordenamiento al contrato- a la parte que *ex ante* más lo valora. Y planteado como un problema de asignación de riesgo, éste vendría constituido por la posibilidad de que a un contratante se le aplique el Derecho de su contratante. En principio, la parte que puede soportar ese riesgo a un menor coste (*cheapest cost avoider)* sería aquélla que menos demanda jurídica necesita.

[77] Parafraseando a H.B. SCHÄFER y C. OTT, sería ahorrativo y, por consiguiente, eficiente imponer al participante que realiza las prestaciones que necesitan de menor implementación jurídica el coste de información del Derecho extranjero (H.B. SCHÄFER y C. OTT: *Manual de análisis económico..., op. cit.*, pág. 264). Como se ve, se trata de una explicación económica totalmente distinta a la que se utiliza para justificar la aplicación de la ley del prestador característico en presencia de un contratante profesional. En estos casos, de contratación en masa, la aplicación de la ley del contratante profesional encuentra también justificación en la posibilidad de permitir al exportador racionalizar sus relaciones jurídicas más frecuentes. Esta racionalización, en efecto, consigue costes menores y mejores precios lo que se la sitúa en la línea de la promoción de la eficiencia global (*vid.* K. SIEHR: "Ökonomische Analyse...", *cit.*, pág. 283; O. LANDO: "The EEC Convention...", *cit.*, págs. 201-202). No obstante, dado su carácter puntual, esta justificación posee escaso sentido en las operaciones de *joint venture*. En esta medida, como ha señalado S.

armonía, y coordina, con el criterio de distribución del riesgo basado en la capacidad de dominación concreta de cada participante. Por otra parte, la ley hallada de este modo frecuentemente coincidirá con la determinada a través del criterio de la mayor responsabilidad o mayor riesgo asumido por un participante, en cuanto, *ex post*, la parte que realiza las prestaciones más complejas es la que -típicamente- se halla más sujeta a comportamientos estratégicos pues sus activos específicos suelen ser mayores[78]. La operatividad de este criterio de conexión queda limitada a las situaciones en las que el examen del contrato permita establecer, con notable claridad, la existencia de una neta divergencia entre las prestaciones de los participantes, lo que no sucederá siempre. No obstante, para esta identificación no es necesario que el resto de las prestaciones consista en dinero, bastando con que se muestren como accesorias o auxiliares respecto a la prestación principal. Como ejemplo de situaciones en las que un análisis de este tipo puede conducir a resultados satisfactorios, puede pensarse en todas aquellas *joint ventures* en las que la aportación de una sociedad participante se concrete, fundamentalmente, en la financiación de la construcción de determinados establecimientos o fábricas, consistiendo la contribución del otro *partner* en la cesión construcción de una fábrica o en la cesión de la patente o marca sobre la que actuará la sociedad conjunta. Es preciso recordar que numerosas *joint ventures* constituyen el vehículo a través del que tiene lugar la función de la transferencia de tecnología[79], lo que otorga títulos de aplicación a la ley

---

RAMMELOO, cuando ambos o bien ninguna de las partes del contrato son profesionales y se deben suministrar recíprocamente prestaciones materiales y de servicios la solución de ley aplicable no podría orientarse a las exigencias de la uniformidad y del cálculo (S. RAMMELOO: *Das neue EG-Vertragskollisionsrecht*, *op. cit.*, pág. 329).

[78] F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ: "El régimen normativo...", *cit.*, pág. 29. También *vid.* W. von STEIGER: "Die einfache Gesellschaft...", *cit.*, pág. 24.

[79] Como apunta la profesora N. BOUZA VIDAL, "en la actualidad se asiste a una tendencia a abandonar las operaciones globales de transferencia de tecnología en favor de fórmulas de cooperación contractual o societaria (*joint ventures)* que entrañan una relación más estrecha entre proveedores y compradores de tecnología. Para los compradores la operación ofrece numerosas ventajas: es menos onerosa; ofrece la posibilidad de un aprendizaje progresivo gracias a la estrecha colaboración que se establece con el proveedor durante la vigencia del acuerdo de cooperación; favorece la absorción de

del país en el que se sitúa el establecimiento principal del suministrador del *know-how*, de la patente o de la marca, solución que, en defecto de otros intereses, puede considerarse como la más eficiente. En estos casos, en los que la aportación del participante local (Estado o sociedad estatal) suele limitarse a una prestación dineraria o incluso, a pesar de incluir otras prestaciones, éstas aparecen de carácter accesorio respecto a la prestación principal (por ejemplo, el acondicionamiento de los terrenos donde se va a establecer la fábrica base de la sociedad *joint venture*, actividad burocrática relacionada con la obtención de las autorizaciones administrativas necesarias para la ejecución del proyecto, etc), parece razonable pensar en la aplicación de la ley del participante extranjero[80]. Consideraciones que deben extenderse a los contratos de *joint venture* en los que uno de los participantes asume la construcción llave en mano de una fábrica, asumiendo el otro únicamente la obligació de financiación. En todo caso, cuando no quepa identificar un grupo de prestaciones relativamente más complejas en alguno de los participantes, bien porque las prestaciones sean de similar relevancia, bien porque existiendo varias más relevantes conduzcan a la aplicación de distintos ordenamientos, deberá desistirse de este método en la selección del Derecho aplicable, debiendo considerarse otros criterios de conexión.

La practicabilidad que se ha afirmado para este criterio de conexión en numerosos supuestos de contratos de *joint venture,* ha de ser entendida sin perjuicio de la posibilidad de marginar a la ley hallada de este modo, cuando la aplicación de

---

la tecnología; facilita el acceso a los mercados de exportación y a las mejoras de la tecnología" (*vid.* TD/CODE TOT/55 de 2 de octubre de 1990) (N. BOUZA VIDAL: "Aspectos...", *cit.*, págs. 232-233, pág. 251). Por otra parte, P.M. KLEINSCHMIDT advierte que cerca de dos tercios de todas las *joint ventures* de la Unión Europea se sitúan en los sectores de la investigación y el desarrollo así como en el de la producción, consistiendo la parte esencial de los contratos de *joint venture* en el acuerdo relativo a las aportaciones de las sociedades participantes (P.M. KLEINSCHMIDT: "Kooperationsvertrag", *cit.*, pág. 796).

[80] *Vid.* en contra U. VILLANI: "Aspetti problematici...", *cit.*, pág. 529, para quien tales aportaciones no serían de carácter secundario en el caso del contrato de *engineering.*

la misma deje de resultar razonable, y eficiente, a la luz de las circunstancias que rodeen al contrato de *joint venture* que se esté enjuiciando. Conviene advertir que la necesidad de introducir correctivos al esquema de soluciones que se ha descrito sólo deriva de la necesidad de respetar el fundamento económico de ese criterio, que queda por tanto inalterable, y de llegar hasta las últimas y más radicales consecuencias que cabe derivar del mismo. Aunque la variable e inopinada realidad de este sector de la contratación hace ilusoria la posibilidad de ilustrar cada caso, en el que el Derecho hallado de aquél modo deba ser desplazado en favor de otro más estrechamente vinculado, sí sería posible, al menos, indicar algunas de las motivaciones que aparecen con capacidad para determinar ese desplazamiento. En un esfuerzo de síntesis, muchas de esas razones podrían agruparse bajo dos títulos. Un primer grupo de supuestos vendría constituido por todos aquellos casos en los que quiebra el presupuesto bajo el que tiene lugar el reparto eficiente del coste de información del Derecho extranjero a través de la aplicación de la ley del contratante que realiza las prestaciones más complejas. En efecto, la regla parte de la presunción de que el coste de conocer y acceder al Derecho extranjero resulta igual para unos y otros contratantes, por lo que, ante esta paridad, el menor coste para el conjunto de la operación, y por tanto la solución eficiente, vienen dados mediante la aplicación del Derecho de aquella parte del contrato que tiene que hacer un uso menor del Derecho para implementar sus prestaciones. No obstante, la concurrencia de diversas variables hace quebrar este presupuesto de partida y permite considerar, por el contrario, que las partes no se sitúan en posición de igualdad para conocer el Derecho extranjero. En este sentido, para determinar aquél desplazamiento y conducir a otro resultado de ley aplicable podría ponderarse la desigual capacidad para actuar en el medio internacional de cada empresa (*ad. ex.* un contraste muy relevante en su respectiva capacidad financiera, la frecuente maniobrabilidad en el ámbito del comercio internacional de una de ellas, especialmente en el país de la contraparte, la ubicación de la sede de algunas sociedades del grupo en el país de la

contraparte o, incluso, la existencia en una de las sociedades contratantes de un departamento de asesoría legal de Derecho comparado), siempre que de ello pueda deducirse con claridad que para una de las partes resulta asequible y familiar el Derecho de la contraparte. En muchos de estos casos, la solución eficiente pasará por la aplicación de la ley del contratante que, justamente, no realiza las prestaciones más complejas[81]. Como segundo filón de casos en los que aparece oportuno el desplazamiento de la ley del contratante que suministra las prestaciones más complejas o asume el mayor riesgo en la operación, se sitúan todos aquellos supuestos de desvinculación entre el Derecho hallado a través de esas conexiones y el participante en la operación *joint venture*. De nuevo, concebido el problema de la conexión objetiva como una cuestión de costes de información jurídicos, el desplazamiento del Derecho hallado de ese modo procederá cuando sólo corresponda con una sede ficticia, no real, de la sociedad (*ad. ex.* la sede del prestador característico, en el momento de la celebración del contrato, no manifiesta proximidad con el participante en cuanto se debe únicamente a razones de índole fiscal, situándose en otro lugar el centro de administración y explotación). En este mismo grupo, en muchas ocasiones las operaciones de *joint venture* son concertadas más por grupos de sociedades que por sociedades aisladas. Cuando el contrato haya sido celebrado por una sociedad perteneciente a un grupo de igual nacionalidad que la sociedad local, cuando sin embargo la ejecución del contrato va a tener lugar a través de otras sociedades, podría estar justificado el desplazamiento de esa ley[82].

---

[81] Una vez planteado el problema de la conexión objetiva en el DIPr de contratos como una cuestión de costes de información jurídicos, la posibilidad de introducir este tipo de correctivos, de clara inspiración económica, permitiría superar los recelos que suscita el expediente de la prestación característica desde la perspectiva de las relaciones entre contratantes más fuertes -que verían siempre aplicada su ley- y más débiles -normalmente de países del Sur- que quedarían siempre sometidos a la ley del contratante occidental. Presupuesta la *igualdad* de los contratantes frente al coste de información del Derecho, la aplicación de la ley del prestador que realiza las prestaciones más complejas aparecería plenamente justificada.

[82] En relación a los contratos internacionales sobre derechos de propiedad industrial, *vid.* P.A.DE MIGUEL ASENSIO: *Contratos internacionales...*, *op. cit.*, pág. 245. Como afirma el autor "en estos casos, una interpretación del artículo 4.2 CR respetuosa con el principio de proximidad deberá

Enestos supuestos, será preciso hacer recurso a otros criterios de conexión.

C) Relevancia del elemento cooperativo

El afán por hallar criterios de conexión específicos para los contratos de *joint venture* que permitan soluciones diferenciadas en la selección de la ley aplicable y que deriven de un examen de los aspectos funcionales del contrato ha llevado a cierta doctrina a conceder el relieve conflictual primario al momento cooperativo que aquél incorpora, relegando otras posibles conexiones a un segundo plano. A pesar de los resultados satisfactorios que, se reconoce, proporcionaría la regla de la prestación característica en numerosas situaciones -a nuestro modo de ver sólo sus razones de base y no tanto la regla en sí-, esta técnica debería descartarse como principio básico para la construcción de soluciones en este sector de la contratación. Su utilización supondría dejar de prestar consideración al elemento cooperativo, verdadero momento caracterizador y típico del contrato de *joint venture*[83]. La tesis es defendida a partir de las siguientes consideraciones: a) la ordenación conflictual de las operaciones contractuales complejas, como la *joint venture*, tropieza con dificultades de clasificación tipológica dada la coexistencia de elementos societarios y sinalagmáticos que complican, si no vuelven imposible, la identificación de una prestación característica. Como consecuencia, esta técnica se revela inapropiada como

---

conducir, normalmente, al país donde se encuentra el centro de actividades del grupo, marginando la empresa a través de la cual se concluye el contrato".

[83] Esta construcción, conformada para resolver los problemas que suscita la determinación objetiva de ley aplicable a la sociedad simple (*einfache Gesellschaft*) del Derecho suizo, cuenta con W. von STEIGER como uno de sus primeros precursores (W. von STEIGER: "Die einfache Gesellschaft...", *cit.*, págs. 23-24). Específicamente en relación a los contratos de *joint venture*, ha sido defendida por L. HUBER: *Das Joint-Venture..., op. cit.*, págs. 102-104. Según el autor, aunque la prestación característica podría conducir en muchos casos a resultados satisfactorios, ha de rechazarse como regla metodológica apropiada. También *vid.* B. WORTMANN: *Durchgriffshaftung..., op. cit.*, pág. 95.

criterio de conexión dada su incapacidad para proveer soluciones diferenciadas capaces de considerar las circunstancias de los casos[84]. Esta posibilidad sólo podría darse en el ámbito de una regla más flexible como la de los vínculos más estrechos[85]; b) lo que verdaderamente caracteriza al contrato de *joint venture* no son las prestaciones de los participantes sino la gestión conjunta del proyecto común sobre una base de cooperación, siendo las prestaciones singulares de los participantes accesorias respecto a esa finalidad u objetivo colectivo[86]; c) en este elemento cooperativo es donde hay que situar el centro de gravedad funcional (*funktionelle Schwerpunkt)* de la relación que genera la *joint venture* entre los participantes. Por ello, aunque el acuerdo no deje de ser objeto de una calificación de cariz contractual, la preponderancia conflictual queda atribuida a los aspectos societarios, no a los contractuales[87]. Sólo cuando estas soluciones no fueran practicables sería preciso

---

[84] Según L. HUBER, en los acuerdos de *joint venture* existen dificultades de ordenación tipológica en cuanto tales contratos incorporan de forma solapada componentes contractuales y societarios. Esto tiene por consecuencia que el principio de la prestación característica se muestre en muchas ocasiones como regla inapropiada. En las relaciones contractuales complejas, el principio de la prestación característica ofrece poco espacio para una conexión metodológicamente diferenciada que sea apropiada para tomar en consideración los casos concretos (L. HUBER: *Das Joint-Venture..., op. cit.*, pág. 96. También *vid.* B. WORTMANN: *Durchgriffshaftung..., op. cit.* pág. 95).

[85] Para L. HUBER el desplazamiento de la técnica de la prestación característica, como expediente de concreción principal de los vínculos más estrechos, introduciría notable libertad para determinar la ley aplicable a través de criterios materiales y funcionales (L. HUBER: *Das Joint-Venture..., op. cit.*, pág. 104). Desde un plano más general, afirmando esta misma idea en relación a otros contratos complejos (Leasing, Franchising y Factoring), *vid.* B. WORTMANN: *Durchgriffshaftung..., op. cit.*, pág. 94.

[86] *Vid.* K. ZWEIGERT y B. VON HOFFMANN: "Zur internationalen *joint venture*", *cit.*, pág. 208; L. HUBER: *Das Joint-Venture..., op. cit.*, pág. 102; W. von STEIGER: "Die einfache Gesellschaft...", *cit.*, pág. 23.

[87] *"Obwohl die GbR ohne Organisation wie ein Schuldvertrag anzuknüpfen ist, darf nicht mißachtet werden, daß dem joint venture Vertrag vornehmlich die Funktion der gesellschaftsvertraglichen Zweckverwirklichung zukommt".* *Vid.* B. WORTMANN: *Durchgriffshaftung..., op. cit.*, pág. 97. *Vid.* L. HUBER: *Das Joint-Venture..., op. cit.*, pág. 102. Esta tesis fue propuesta por W. von STEIGER: "Die einfache Gesellschaft...", *cit.*, pág. 24, autor que propone al centro de administración como elemento privilegiado para identificar la *sede* de la sociedad simple, no en el sentido del DIPr. de sociedades sino la *sede de la relación jurídica* en sentido savigniano. En sus palabras *"es geht hier weniger um den Sitz der Gesellschaft (im Sinne der vorerwähnten Doktrin und Judikatur), als um den Sitz des Rechtsverhältnisses im Sinne Savigny's.*

acudir a otros criterios. Desde esta óptica, la determinación de la ley aplicable a los contratos de *joint venture* habría de arrancar del examen de los criterios que tienen que ver con el elemento cooperativo del contrato, tales como el lugar de la administración, el centro económico de la actividad social, el lugar de las reuniones habituales de los participantes, o el lugar en el que se realizan las actividades de coordinación y de control. En este sentido se han propuesto soluciones diferenciadas para dos tipos principales de acuerdos de *joint venture*. En el primero, el contrato de base supondría la creación de un centro de actividad interno (no externo) donde se centralizarían ciertas funciones, siendo la ley más estrechamente vinculada la del lugar de la administración (*Ort der Geschäftsführung)*[88]. Sólo ante la insuficiencia o

---

Dabei kann allerdings das Geschäftszentrum (Bureau, Fabrik, Verkaufsstelle) in Ermangelung eines solchen der Ort, wo die Tätigkeit der Gesellschafter hauptsächlich ausgeübt wird". Soluciones análogas a estas han sido defendidas por cierta doctrina para la localización objetiva del contrato de cartel. En este sentido se sostuvo la aplicación de la sede del cartel, aunque éste no constituya una persona jurídica (*vid.* A.F. SCHNITZER: *Handbuch..., op. cit.*, pág. 749). El autor señalaba que, cuando sin una nueva personalidad jurídica, se crea un centro de administración (*Verwaltungszentrum)*, a través del cual se controlan las obligaciones de las partes y en donde se registran las transacciones y lleva la contabilidad, podría valer, al igual que ocurre cuando existe personalidad jurídica, el Derecho de la sede.

[88] Este lugar vendría definido desde una perspectiva externa o interna. En sentido interno el centro de administración sería el lugar en el que cualquier participante realiza tareas y funciones esenciales del contrato de base (*ad. ex.* tareas administrativas, de control de las actividades de la sociedad *joint venture* o de control de la ejecución de los contratos satélites) o en el que algunos o todos los participantes adoptan habitualmente las decisiones principales (*regelmässiger Versammlungsort)*. Este lugar podría ser establecido en el contrato cuando, por ejemplo, el acuerdo base encarga a uno de los participantes, o incluso a un tercero (*ad. ex.* a una empresa de confianza o *Treuhandunternehmen)*, la administración interna y la coordinación de la cooperación. En sentido externo el centro de actividad se situará en el país de la residencia habitual del participante que, por ejemplo, actúa en nombre del resto, siempre que ello no deba comportar la aplicación del DIPr. de sociedades (*vid.* artículo 150 LDIP suiza). Ello podría tener lugar en el caso de actos esporádicos, *ad hoc*, o cuando un participante haya sido habilitado mediante poder de representación directa otorgado al efecto por el resto. No obstante, en este caso sería exigido un *plus* de proximidad: la aplicación de este Derecho sólo quedaría legitimada cuando tales actos *ad hoc* de eficacia externa tengan lugar con cierta frecuencia o ese administrador se ocupe también de las funciones internas esenciales. *Vid.* L. HUBER: *Das Joint-Venture..., op. cit.*, págs. 102-110. También *vid.* B. WORTMANN: *Durchgriffshaftung..., op. cit.*, pág. 98; C.Th. EBENROTH: "Verhältnis zwischen...", *cit.*, pág. 266, quien propone el criterio del lugar de las reuniones habituales de los participantes, advirtiendo que la sede de la sociedad *joint venture* que se va a crear no tendría porqué coincidir con el centro organizacional del acuerdo base. Entre nosotros, indicando que en los contratos de cooperación el lugar donde se centra esa relación cooperativa cobra especial significación a efectos de la localización del contrato, *vid.* M. VIRGÓS SORIANO: "La ley aplicable...", *cit.*, pág. 5305.

inoperatividad de tales criterios en la localización del contrato habría de acudirse, en el segundo tipo de situaciones, a otros elementos.

La valoración de esta tesis ha de partir, en primer término, de la necesidad de poner de relieve los límites a su practicabilidad. En efecto, estos criterios sólo resultan operativos en aquellos acuerdos de *joint venture* que cumplan un doble requisito, a saber, que establezcan un marco de dirección o de gestión externa[89] superpuesto al propio de la sociedad *joint venture*, y que ese marco quede concretado en un único Ordenamiento, lo que puede no ser frecuente[90]. Mayor interés presenta, en segundo lugar, la valoración del grado de proximidad que incorporan esos criterios para la localización objetiva de los contratos de *joint venture*. El papel preponderante que se atribuye al elemento cooperativo en la determinación objetiva de la ley aplicable a los contratos de *joint venture*, podría merecer una valoración diversa según se trate de evaluar la bondad formal del sistema de soluciones que procura o de verificar la fiabilidad de la lógica material utilizada para alcanzarlo. Desde la primera perspectiva, la propuesta de solución podría recibir una valoración positiva. En efecto, aparte de su valor didáctico, tales soluciones procurarían una

---

[89] Siempre, claro está, que el acuerdo base de *joint venture*, en razón de esta gestión externa, no deba ser objeto de una calificación de carácter social. En este caso sería de aplicación la norma de conflicto en materia de sociedades. Sobre el problema de la delimitación entre normas de conflicto, *vid. supra* Capítulo Tercero, I.

[90] Ello puede deberse a que la *lex societatis* correspondiente haya permitido a los socios la inserción en los estatutos de las estipulaciones modificativas de la dinámica societaria dirigidas a introducir el vínculo de cooperación. Incluso cuando no todas las obligaciones cooperativas se convierten en obligaciones sociales (incluyéndose en los estatutos de la sociedad), tampoco suele crearse un centro de administración especial. Por otra parte, incluso en estos casos, tales criterios dejan de ser operativos cuando todos los *joint venturers* participan en la dirección de la operación con similares atribuciones, cuando las reuniones se mantienen alternativamente en el país de cada uno de ellos, cuando la ejecución de los contratos satélites es objeto de control recíproco o, simplemente, cuando la ejecución del acuerdo de *joint venture* no da lugar a una especial centralización de las tareas administrativas. Como reconoce L. HUBER: *Das Joint-Venture...*, *op. cit.*, pág. 107, normalmente será difícil detectar un verdadero centro de actividad por lo que, en la mayoría de las ocasiones, habría que seleccionar la ley aplicable mediante los criterios enunciados para los casos en los que falta ese centro.

conexión objetiva para los contratos de *joint venture*, derivada -se dice- de su función básica y, sobre todo, introducirían un cúmulo de respuestas de fácil actuación simplificando notablemente los problemas de ley aplicable que se suscitan en un sector de tanta complejidad como el que se analiza. La existencia de un centro de actividad (interno o externo) incorporaría inmediatez y facilidad al proceso de determinación de la ley aplicable, para lo que no sería preciso pasar a la verificación de otros elementos. Y por otra parte, estas soluciones excluirían el peligro eventual de cambio de estatuto que, utilizando otro método, podría producir el cambio de sede de algún participante. Desde la segunda perspectiva, es preciso analizar, y comparar, el vigor localizador del elemento cooperativo en los contratos de *joint venture* desde las razones materiales que fundan una mayor proximidad en el ámbito de la conexión objetiva. Sólo de este modo será posible valorar, respectivamente, las alternativas de regulación consistentes, respectivamente, en la atribución de un vigor general y superior a los criterios derivados del elemento cooperativo en los contratos de *joint venture*[91], en el rechazo de tales criterios por no constituir índices adecuados de proximidad para estos contratos o, en último lugar, en la asignación a los mismos de un valor localizador relativo, condicionado a la presencia, o defecto, de otras circunstancias.

Pues bien, la posibilidad de elevar tales criterios a rango de soluciones de validez superior y general encuentra ciertos obstáculos que tienen que ver, fundamentalmente, con la premisa adoptada y con las razones de orden material que orientan a la conexión objetiva. En primer término, desde su presupuesto de partida resulta muy discutible la misma posibilidad de afirmar un único momento funcional para el contrato de *joint venture* desde el cual conducir el razonamiento conflictual de modo necesario, en todas las situaciones. La diversidad de pareceres sobre la

---

[91] Siempre dentro de los límites señalados a su practicabilidad.

cuestión constituye buena prueba de esta dificultad[92]. Ciertamente, mediando en la polémica, el carácter complejo del contrato de *joint venture* y la diversidad de estructuras y funciones que en cada caso puede asumir hacen que resulte poco seria cualquier propuesta que pretenda decretar, de una vez y para siempre, la parte o función principal del contrato[93]. Más bien, en este punto podría sostenerse sin temor a errar que tales contratos incorporan, con intensidades variables, elementos del cambio y de la cooperación[94] todos los cuales pueden merecer, según el caso, una consideración conflictual. A la vista de la peculiaridad estructural de los contratos de *joint venture*, de la diversidad de elementos que pueden incorporar en su contenido así como de la imposibilidad de establecer con carácter general un momento funcional único para estos contratos a través del cual sea posible conducir el razonamiento conflictual, a nuestro juicio no resulta adecuado atribuir de antemano relevancia especial para la localización objetiva de esos contratos a los criterios de conexión que derivan del momento cooperativo del contrato, al menos no sin antes

---

[92] Como ejemplo de posiciones enfrentadas, mientras para L. HUBER en el elemento cooperativo residiría el centro de gravedad funcional de la relación en su conjunto, (L. HUBER: *Das Joint-Venture...*, *op. cit.*, pág. 102), P.M. KLEINSCHMIDT afirma que la parte fundamental del contrato de *joint venture* vendría constituida por las prestaciones de los participantes (P.M. KLEINSCHMIDT: "Kooperationsvertrag", *cit.*, pág. 796).

[93] En este sentido, la imposibilidad de distinguir los caracteres predominantes del contrato, dada la interferencia de la causa cooperativa con las de otros tipos contractuales, ha sido afirmada por A.L. MALATESTA: "La legge applicabile...", *cit.*, pág. 176.

[94] Mientras en algunos tipos de contratos de *joint venture* correspondería el relieve fundamental a los elementos del cambio, en otros el componente de la cooperación sería más marcado. Al igual que sucede en el contrato de *joint venture*, muchos otros contratos también incorporan simultáneamente elementos de la cooperación y del cambio (*ad. ex.* contratos de cartel, contratos *just in time*, *Sperrabreden*, etc), donde este elemento cooperativo puede aparecer con desigual intensidad. Sería difícil decidir si dar relevancia conflictual a los elementos de la cooperación o a los elementos del cambio, sobre todo cuando, como ocurre en ocasiones, el elemento cooperativo puede venir como elemento forzado por la legislación de un país. Por ejemplo, la creación de una *joint venture* podría ser la única forma de canalizar la transferencia de tecnología. Decir que la función básica del acuerdo base es en estos casos la gestión conjunta de la *joint venture* supondría ignorar los importantes aspectos sinalagmáticos que incorpora este acuerdo. Desde la perspectiva de la función del contrato, podría resultar arbitrario decidir cuál sea la verdadera función de un contrato de *joint venture*, pudiendo ser varias según la perspectiva adoptada (*ad. ex.* finalidad de transferencia de tecnología, colaboración, distribución, penetración en un mercado, acuerdos de competencia, etc).

comprobar el vigor localizador concreto que proveen. Ha de rechazarse, pues, la vigencia de un único eje de soluciones de ley aplicable para los contratos de *joint venture* construido en torno a la primacía de la base cooperativa de estos contratos en cuanto, mediante esa operación, podrían descartarse, de entrada, indicadores útiles sobre la proximidad del contrato con un país y, en definitiva, sobre los intereses de las partes.

En consecuencia, la posibilidad de considerar los criterios de conexión que derivan del momento cooperativo del contrato de *joint venture* sólo puede derivar tras la constatación de que satisfacen, mejor que otros, las razones materiales o valores que se sitúan en la base de la conexión objetiva. En este sentido, además de quedar escasamente justificada en su fundamento funcional, la atribución apresurada y general de valor localizador máximo a las conexiones que derivan del elemento cooperativo, en detrimento de otras, genera resultados inadecuados. Para apercibirnos de este efecto, conviene dejar bien claro que el empleo de criterios de conexión afines a los típicos del DIPr. de sociedades para nada cambia los intereses en escena que son determinantes de las soluciones de ley aplicable en el sector contractual[95]. Desde esta idea, resulta fácil ilustrar algunas hipótesis en las que las soluciones basadas en el momento cooperativo del contrato resultan a todas luces poco convincentes. La situación que quizás revela de forma más patente estas deficiencias es la que se produce cuando los participantes en la *joint venture* tienen su sede en el mismo país y crean la *joint venture* en otro distinto. Aunque normalmente las

---

[95] No resulta preciso recordar que las soluciones del DIPr. de sociedades, por lo general de carácter rígido, responden a la satisfacción de unos intereses muy distintos a los que están en la base de las soluciones de DIPr. de contratos: mientras en un caso se trata de proteger al tráfico y a los terceros, por regla general la norma de conflicto en materia de contratos seleccionará aquella ley que mejor responda al interés de las partes del contrato, lo que determina la oportunidad de orientar la selección de ley aplicable hacia soluciones eficientes y, de este modo, a la reducción de los costes de transacción. Sobre este aspecto volveremos más adelante. Por ejemplo, la ley del lugar de las reuniones habituales de los participantes sólo podría considerarse como la más estrechamente vinculada cuando, a la luz de las razones materiales que subyacen a la conexión objetiva, pueda predicarse de ella una proximidad mayor respecto a la proporcionada por otras conexiones.

reuniones de aquéllos tendrán lugar en el país común, una alteración de esta circunstancia (*ad. ex.* las partes acuerdan reunirse periódicamente en el país de la sociedad *joint venture* o en un país tercero) no podría determinar la inaplicación del Derecho de la sede o nacionalidad común. Con toda seguridad no resulta razonable que en este caso se margine al Derecho de la nacionalidad común de los participantes, el más familiar y presumiblemente más conocido por ellas, en favor del Derecho extranjero del centro de administración[96]. Si en el caso anterior la mayor familiaridad de los participantes con el Derecho de la sede común resulta determinante de una mayor proximidad, la posibilidad cierta que abre el cuadro de soluciones descrito de aplicar el Derecho de un tercer país[97] se sitúa también en contraste con el parecer doctrinal mayoritario que afirma, de forma general, la mayor inconveniencia que genera la aplicación de un tercer Derecho respecto a la aplicación del Derecho de alguna de las partes, por lo que sería menester reservar esta solución para casos de excepción[98]. Por otra parte, una institucionalización de grado menor en el ámbito del acuerdo base (*ad. ex.* el contrato de *joint venture* encarga a un participante la realización de ciertas gestiones ante las autoridades locales), tampoco parece que pudiera bastar para determinar la aplicación de la ley de este participante

---

[96] No obstante, expresamente a favor de esta solución *cfr.* L. HUBER: *Das Joint-Venture...*, *op. cit.*, pág. 107.

[97] Este resultado podría darse cuando se encarga la gestión de la *joint venture* a una sociedad no participante de un país tercero o cuando las reuniones periódicas de aquéllos tienen lugar, por razones de oportunidad, en un país tercero (*vid.* L. HUBER: *Das Joint-Venture...*, *op. cit.*, págs. 105-106).

[98] Sobre ello volveremos más adelante. Podría pensarse en un contrato de *joint venture* entre una sociedad española y otra alemana que crean una sociedad conjunta en Chile, mientras que las reuniones habituales de los participantes tienen lugar, por motivos absolutamente externos al contrato, en París. De por sí, la inconveniencia de aplicar un Derecho tercero respecto a las partes debería convertir a esta solución en excepcional. Pero además, a pesar de su practicabilidad, claramente las razones que determinan la selección del Derecho francés abogarían por una corrección dado el carácter fortuito de esta solución, cuyas razones poco tienen que ver con la dinámica interna del contrato. Por otra parte, en presencia de otros índices de proximidad, ante dos contratos idénticos de *joint venture*, el Derecho aplicable podría variar por un hecho que debería ser irrelevante para la determinación del Derecho aplicable, como sería la celebración habitual de las reuniones de los participantes en un mismo lugar o no, cumpliendo la misma función y siendo idéntica la *joint venture*.

cuando otros índices indiquen a un Derecho distinto. En definitiva, la posibilidad de estas situaciones, en las que a pesar de su practicabilidad resulta poco razonable la aplicación del Derecho llamado a través de los criterios de conexión que derivan del elemento cooperativo del contrato, impide, al menos, asignar un valor localizador superior y general a tales conexiones.

Ahora bien, si el valor relativo inferior de esos criterios se hace patente en las situaciones que se han ilustrado, queda aún por determinar el vigor localizador que ha de atribuirse a tales criterios cuando concurren con otros índices de proximidad. En concreto, *quid* en relación con el grado de proximidad relativo que generan esos criterios respecto a los basados en la asunción de un mayor riesgo o en la realización de las prestaciones más complejas del contrato. Con anterioridad hemos tenido oportunidad de poner de relieve que la aplicación de la ley del participante que realiza las prestaciones más complejas o que asume un mayor riesgo en la operación, como trasunto y razón de ser última de la regla de la prestación característica, proporciona soluciones de ley aplicable razonables y justas en numerosos supuestos, habida cuenta de que la mayor necesidad de consulta jurídica para el cumplimiento de estas prestaciones se erige en buena razón material para distribuir el riesgo conflictual. Desde esta premisa habría que responder a la siguiente cuestión: ¿desplaza el Derecho del lugar de las reuniones habituales de los participantes o la ley de aquél que realiza tareas de gestión administrativa y de control en la *joint venture* a la ley de la sede del *joint venturer* que posee el interés mayor en la operación y que efectúa las prestaciones más complejas del contrato? En un esfuerzo por evitar simplificaciones injustificadas de la compleja realidad de la contratación que estamos tratando, para proponer soluciones es precio considerar de forma separada los diversos criterios que pueden derivar del momento cooperativo del contrato. No todos, como vamos a ver, tienen igual valor localizador, ni siempre

el mismo[99].

a) *Ley del lugar de la reuniones periódicas de los participantes*: piénsese en el caso de una *joint venture* constituida entre una sociedad española y una alemana para crear en Argentina una sociedad *joint venture* que tenga por objeto aprovechar los canales de distribución de que ya dispone la sociedad española en ese país, correspondiendo a la sociedad alemana el apartado de las prestaciones más complejas y estableciendo el contrato cierta institucionalización a través de la previsión de cierta periodicidad en las reuniones de los participantes relativas a la administración del proyecto. Si, por los motivos que fuere, se acuerda que las reuniones deban tener lugar en Madrid, ¿cuál será el Derecho aplicable a este contrato de *joint venture* en defecto de elección? El único procedimiento válido para resolver esta cuestión pasa por averiguar el vigor localizador relativo de cada uno de tales criterios de conexión, y ello en el entendido de que, básicamente, como se ha puesto de relieve con anterioridad, la determinación objetiva de ley aplicable puede ser reconducida, en su sentido final, a un problema de imputación de costes de información jurídicos. Pues bien, desde esta perspectiva, la aplicación de la ley del contratante que suministra las prestaciones más complejas aparece como solución eficiente que reduce los costes de transacción y que permite imputar el coste de información jurídico a la parte que tiene menor necesidad de consulta jurídica para el cumplimiento de sus prestaciones, cumpliendo de modo mejor la tarea que el análisis económico encomienda al DIPr[100].

---

[99] Por otra parte, estos criterios podrían no coincidir en todos los casos. ¿Cuál será el determinante en caso de que la valoración de unos y otro conduzca a distinto resultado? Ello puede ocurrir cuando el lugar de las reuniones habituales es uno y un participante realiza actos de gestión o de vigilancia, o con eficacia externa, en otro país.

[100] De un lado, la sociedad alemana tendrá mayor necesidad de delimitar jurídicamente sus prestaciones, debiendo recurrir en mayor medida al Ordenamiento para esta delimitación. De otro, esta sociedad parece asumir también el mayor riesgo o responsabilidad en la operación toda vez que podrá sufrir con mayor probabilidad comportamientos oportunistas del cocontratante, al ser sus inversiones más específicas. Por el contrario, si la aportación de la sociedad española queda limitada a poner a disposición de la *joint venture* las instalaciones de que ya dispone en Argentina, esta prestación sería menos específica y, por consiguiente, más versátil en caso de fracaso de la operación.

Una solución respetuosa con las razones de justicia que informan a la conexión objetiva determina la conveniencia de consultar la dinámica interna del contrato en busca de una divergencia nítida entre las posiciones de los participantes en relación a la mayor o menor necesidad de consulta jurídica[101].

Junto a estas razones de orden material, la aplicación de la ley averiguada a través del fundamento de la prestación característica promueve también las exigencias de la certeza del Derecho en cuanto no margina, sino que profundiza, en el principio de máxima proximidad que se vislumbra en la regla que establece el artículo 4.2 CR[102]. Si bien es cierto que la solución propuesta exige una valoración de las circunstancias del caso, lo que podría perjudicar la certeza de respuesta jurídica[103], las exigencias de la previsibilidad quedan satisfechas de forma más adecuada si en defecto de prestación abstractamente típica se aplica el Derecho del participante que asume las prestaciones preponderantes del contrato. El hecho de que esta regla produzca una certeza de grado menor en relación a una regla de operatividad *a priori*, sólo podría recibir una valoración negativa en relación a una que lograse una certeza mayor, lo que no ocurre sin embargo en el ámbito de la regla de los vínculos

---

[101] Cuando el número de participantes sea grande, sería conveniente apreciar si las prestaciones más relevantes caen del lado de un conjunto de ellos cuya nacionalidad o sede sea común. En otro caso, si por ejemplo las prestaciones preponderantes son asumidas por participantes de distinta nacionalidad, habría que acudir a otros criterios para la determinación del Derecho aplicable, donde no se podría ya descartar la aplicación de un tercer Derecho.

[102] En este sentido, P.M. KLEINSCHMIDT afirma que las prestaciones de los participantes en el contrato de cooperación no serían menos características por dirigirse al desarrollo de un objetivo común. Por ello el autor recomienda que no se abandone la búsqueda de la prestación característica de un modo apresurado (P.M. KLEINSCHMIDT: "Kooperationsvertrag", *cit.*, pág. 796).

[103] Precisamente por esta razón se ha argüido que la investigación de la prestación más compleja debería descartarse en cuanto no produce certeza (*vid.* D. GUNST: *Die charakteristische Leistung...*, *op. cit.*, pág. 189). A juicio del autor, si la prestación característica no se puede determinar fácilmente y ésta no permite, por tanto, la calculabilidad sobre el Derecho aplicable, aquélla solución deja de servir al objetivo de seguridad que perseguía. La investigación de la prestación característica en el caso concreto no garantiza el objetivo perseguido por esta doctrina de posibilitar una decisión calculable a la cuestión del Derecho aplicable.

más estrechos[104]. Por ello se afirma la inconveniencia que supone cambiar de filosofía cuando es posible apreciar una divergencia sustancial entre las prestaciones de los participantes y, por tanto, cambiar el criterio de selección del Derecho aplicable en defecto de prestación abstractamente típica[105].

Las razones que se han apuntado sirven justamente para verificar la menor proximidad relativa que lleva aparejada, en el caso que se ha ilustrado, la ley del lugar de las reuniones periódicas de los participantes. La selección de esta ley, de un lado, no tiene en cuenta la dinámica interna de la relación y la distinta posición de los participantes en el contrato, por lo que no responde a las razones de justicia que informan la determinación objetiva del Derecho aplicable, pudiendo ser, por lo demás, absolutamente fortuito[106]. De otro, la renuncia de antemano a la aplicación del fundamento de proximidad que es posible descubrir bajo el establecimiento de la presunción determina también una considerable merma a la seguridad jurídica. En atención a estas consideraciones, sin negar vigor localizador al criterio de conexión que se analiza como índice de previsibilidad, sólo cuando el reparto del riesgo conflictual no pueda llevarse a cabo a través del examen del contenido del contrato podría resultar conveniente dar relevancia a este criterio siempre, eso sí, que venga

---

[104] *Vid.* A.J.E. JAFFEY: "The English proper law doctrine...", *cit.*, pág. 551.

[105] Con independencia de que en estos casos atípicos dejen de producirse los efectos peculiares que en orden a la motivación del fallo genera la existencia de una prestación característica del tipo de contrato, la aplicación del Derecho del participante que asume las prestaciones más complejas sigue siendo, sin embargo, el Derecho más próximo toda vez que, salvo que se demuestre una vinculación más estrecha del contrato con otro país, este Derecho es el que mejor cumple la tarea del DIPr. en la aportación de una solución justa y eficiente que reduzca los costes de transacción. En este sentido, A.J.E. JAFFEY señala que cuando el contrato no tenga claramente una prestación característica, el tribunal debería aplicar la ley de aquélla de las partes cuya prestación en el contrato es la más activa, sustancial o compleja y que, por tanto, supone una necesidad mayor de consulta de la ley en el curso de la ejecución. Se evita así la creación de una regla doble: una para los contratos típicos y otra para los atípicos, donde la determinación de la ley aplicable operaría de forma más libre (A.J.E. JAFFEY: "The English proper law doctrine...", *cit.*, pág. 553).

[106] Como por ejemplo cuando, por razones de conveniencia, las reuniones de los participantes tienen lugar en el aeropuerto de Madrid.

avalado a través de la concurrencia de una especial previsibilidad de las partes en relación a ese Derecho, por ejemplo, a través de la realización en ese lugar de tareas importantes para la *joint venture*. Su utilización queda por tanto limitada a los casos en los que no quepa determinar el Derecho aplicable a través de índices que tengan en cuenta la dinámica interna del contrato y la posición relativa de los contratantes y en los que no aparezca el criterio como puramente fortuito. En otro caso, habrá de descartarse su consideración.

b) *Ley del país del gestor interno o externo*. La posibilidad de aplicar al contrato de *joint venture* la ley del país del participante que asume en el contrato la realización de tareas de gestión del acuerdo, bien de carácter meramente interno o bien también de cara a terceros[107], merece una reflexión distinta a la que se acaba de efectuar. El participante en cuestión asume una tarea especial en la *joint venture*, lo que lo sitúa entre los criterios asociados a la dinámica interna de la relación jurídica, quedando cercana a uno de los posibles fundamentos para la aplicación de la ley del prestador característico[108]. Desde la orientación que sigue este trabajo, la correspondencia de este criterio de conexión con la vertiente más interna del contrato determina la posibilidad de que, desde el mismo, pueda efectuarse, según los casos, una distribución eficiente de los costes de información jurídicos que justificaría la aplicación de esta ley. Esta solución aparece con bastante claridad en el caso de

---

[107] Siempre que esa eficacia externa no determine la personificación de la sociedad y la aplicación de la norma de conflicto en materia de sociedades.

[108] Esta circunstancia ha propiciado que la jurisprudencia del Tribunal Federal suizo dictada antes de la entrada en vigor de la nueva ley suiza de DIPr afirmara como prestación característica del contrato de sociedad simple a la del socio gestor (ATF 99 II 315, 318; 100 II 450), precisando que el punto de conexión sería el *domicilio del socio que está encargado en primer lugar de la gestión de la sociedad (vid.* F. KNOEPFLER y O. MERKT: "Les accords...", *cit.*, págs. 764-765). No obstante, mientras en la *partnership* civil el Tribunal aplicaba el Derecho del lugar de negocios del socio gerente (Sentencia de 26 de septiembre de 1981, BGE 87 II 270, 274), en la comercial el Derecho de la sede de la *partnership* (Sentencia de 26 de noviembre de 1959, BGE 85 II, 452, 454) (*vid.* K. LIPSTEIN: "Characteristic Performance...", *cit.*, pág. 408). No obstante, no dejaría de ser esta prestación la relativamente más compleja en el contrato.

paridad entre las prestaciones materiales de los participantes, es decir, cuando no resulte posible advertir una diferencia sustancial entre aquéllas, situación en la que la *aportación de gestión* podría entenderse como preponderante respecto al resto de prestaciones. La valoración del vigor localizador del criterio de conexión que se analiza reviste mayor dificultad en aquellos casos en los que el participante no gestor asume las prestaciones más complejas del contrato. En esta situación, ¿cómo deben ponderarse en la localización objetiva del contrato de *joint venture* las prestaciones materiales y las prestaciones de gestión?

Esta cuestión, como se ha tenido oportunidad de ver, resulta controvertida en la doctrina que, como línea común, no obstante, revela la posibilidad de afirmar el carácter privilegiado que correspondería a uno u otro tipo de conexiones en todos los casos[109]. Desde la orientación que sigue este trabajo, una vez que se ha descubierto que uno y otro tipo de prestaciones (materiales y de gestión) pueden servir a la finalidad de efectuar una distribución eficiente del coste de información jurídico, y a la vista del marcado componente casuístico que incorpora este sector de la contratación, a nuestro juicio no resulta conveniente establecer, de modo general, una solución que privilegie a alguna de esas conexiones y que deba reputarse como necesaria para todos los contratos de *joint venture*. Por ejemplo, frente a la afirmación de una solución rígida favorable a la aplicación del Derecho del participante gestor, hay que advertir que esta solución se mostrará inadecuada en muchas ocasiones en las que aquélla solución no será expresión de la verdadera dinámica interna del contrato, con el peligro de determinar el Derecho aplicable

---

[109] En este momento pueden reproducirse las tesis que han sido esbozadas más arriba y que otorgan el relieve primario al elemento cooperativo. Estas concepciones, sin embargo, han sido combatidas por W.H. MEIER, autor que para la determinación de la ley aplicable a la sociedad simple afirma la aplicación de la ley del socio que realiza las prestaciones preponderantes como solución que puede resultar razonable y otorga a las conexiones que derivan del elemento organizativo del contrato un valor subsidiario, que podría considerarse cuando no pueda apreciarse una prestación característica y los elementos reales tampoco conduzcan a una conexión unitaria del contrato *(vid.* W.H. MEIER: *Die einfache Gesellschaft..., op. cit.*, pág. 104 y págs. 111-112).

desde un hecho casual que poco tenga que ver con la posición que cada participante asume en el contrato de *joint venture*[110]. Por ello, la consideración de la inopinada realidad de esta contratación aconseja que la valoración deba proceder a la vista del análisis de las circunstancias del caso, determinando una u otra solución en razón de una doble variable, a saber, la mayor o menor intensidad o importancia de las tareas de gestión asumidas por un participante y la mayor o menor divergencia entre las prestaciones materiales de los mismos. En un extremo, cuando las labores de gestión asumidas por un participante sean de carácter general, tanto de carácter interno como externo, exista una actividad importante de cara a terceros, sea menos pronunciada la divergencia entre las prestaciones materiales de los participantes y, por ejemplo, las reuniones de los participantes tengan lugar en el país de la sede del participante gestor, aparecerá clara la mayor proximidad del contrato con el país de la sede de este participante gestor. En el otro, a medida que esas tareas de gestión vayan siendo de menor trascendencia y, en cambio, la divergencia entre las prestaciones materiales sea muy nítida, se aplicará el Derecho del participante que debe realizar las prestaciones más complejas del contrato. En los casos en los que no sea fácil decidir el modo en que haya de resolverse la imputación del coste de información jurídico desde la consideración de la vertiente interna del contrato habrá que hacer recurso a otros criterios que determinen la existencia de una mayor previsibilidad de las partes favorable a la aplicación de alguno de esos Derechos[111].

---

[110] La selección de esta ley podría venir motivada por un hecho fortuito como podría ser, por ejemplo, la conveniencia de encargar ciertas gestiones al participante local de la sociedad *joint venture*, por encontrarse éste coyuntural y geográficamente en mejor situación para realizarlas (*ad. ex.* la realización de gestiones administrativas ante las autoridades locales en nombre de todos los participantes a fin de obtener ciertas autorizaciones).

[111] Podría pensarse en el caso hipotético de una *joint venture* paritaria en la que uno de los participantes asuma de forma general las tareas de gestión mientras que el otro tenga a su cargo el mayor riesgo y las prestaciones más complejas. Decimos que se tratará de un caso hipotético en el entendido de que lo normal será que el participante que asume un mayor riesgo en la operación detentará también mayor poder de gestión.

A la vista de estas consideraciones, la posibilidad de atribuir relevancia conflictual a los criterios de conexión que derivan del momento cooperativo para determinar la ley aplicable a los contratos de *joint venture* pasa por asignar a tales criterios un vigor localizador relativo y condicionado. No es posible, pues, atribuir una primacía general a los criterios de conexión que derivan del momento cooperativo para la determinación de la ley aplicable a los contratos de *joint venture*.

De un lado, la aplicación de la ley del país del participante gestor puede servir a la finalidad de la distribución eficiente del coste de información jurídico en cuanto conecta con la vertiente interna del contrato. Esta conexión será operativa especialemente cuanto las funciones de gestión sean importantes y, a la vez, exista una sustancial paridad entre las prestaciones materiales de los participantes. En este caso el vigor localizador de este criterio será alto.

De otro, la aplicación de la ley del país de las reuniones habituales de los participantes no responde a la dinámica interna del contrato por lo que a este criterio de conexión ha de atribuirse una potencia localizadora de índole menor. No resulta posible atribuirlo vigor localizador determinante, apareciendo simplemente como criterio de refuerzo. La concurrencia de este criterio servirá sobre todo para reforzar la aplicación del Derecho del socio gestor. Cuando los criterios derivados de la vertiente interna no resulten practicables, este criterio podrá suponer una mayor previsibilidad en favor del ordenamiento de alguna de las partes. Cuando las reuniones habituales de los socios tengan lugar en un país tercero, normalmente deberá descartarse dada la prioridad que corresponderá a otros criterios[112]. No obstante, la aplicación de un Derecho ajeno al de los participantes se justificará sobre

---

[112] Como criterio de cierre, llegado el caso de tener que aplicar el Derecho de un tercer Estado, se vislumbraría más el Derecho de la sede de la sociedad *joint venture* al erigirse en lugar de ejecución del contrato.

todo cuando el número de ellos sea elevado.

Recapitulando, estas reflexiones permiten comprobar que la consideración primaria de los criterios de conexión relacionados con el elemento organizativo para la determinación de la ley aplicable a los contratos de *joint venture* no es siempre adecuada. La diversidad de estructuras y funciones que pueden asumir estos contratos no aconseja la contrucción de una regla general, ni siquiera para el caso en el que exista una cierta institucionalización en el ámbito del contrato. Frente a la posibilidad de obtener soluciones diferenciadas y fáciles, el componente casuístico que caracteriza a este sector de la contratación no aconseja elevar cualquier tipo de solución, y menos las basadas en la vertiente cooperativa del contrato, a categoría de soluciones de validez general. Dicha pretensión cuenta con el inconveniente de generar una simplificación de la realidad que no está en absoluto justificada. Todo lo contrario, la diversidad de las situaciones sugiere la necesidad de formular las soluciones sólo a modo de tendencia, evitando caer en cualquier tipo de generalización e imponiéndose, pues, como dijimos, un método de argumentación de carácter tópico, no deductivo.

III. LA LEY MÁS ESTRECHAMENTE VINCULADA

1. Aspectos metodológicos

A) Consideraciones generales

En defecto de prestación característica (ámbito de aplicación primario) o cuando el Derecho localizado de ese modo no sea expresión del principio de proximidad (ámbito de aplicación secundario), el Convenio de Roma ordena la

aplicación de la ley más estrechamente vinculada al contrato, sin no obstante ofrecer pautas expresas que permitan concretar esta regla[113]. No obstante, tal y como se ha podido colegir del contenido y sistemática del Convenio de Roma, la selección de la ley de los vínculos más estrechos exige, de un lado, una valoración amplia y ponderada de todas las circunstancias del supuesto, donde en principio no se descarta ninguna[114]. Y de otro, el país más vinculado no resulta de una mera *suma de conexiones*. Más bien debe tratarse de una cuestión cualitativa, fruto del análisis del mayor o menor peso de las circunstancias relevantes en el caso concreto[115]. Por otra parte, la sistemática del convenio confina el círculo hermenético en que debe desplegarse esa operación intelectual en el que, por ejemplo, se descarta la consideración de políticas legislativas estatales así como la consulta del contenido material de los Derechos en presencia. Entre las indicaciones de carácter positivo, el establecimiento de las presunciones confiere preferencia especial en la selección de la ley aplicable a la consideración de la particular estructura del contrato y a la relación entre las partes[116].

---

[113] El informe explicativo del convenio (M. GIULIANO y P. LAGARDE: "Informe...", *cit.*, pág. 18) se limita a indicar la posibilidad de tener en cuenta elementos que hayan surgido tras la celebración del contrato. Un completo elenco de posibles criterios de concreción puede verse en D. MARTINY: "Art. 28", *cit.*, págs. 1563-1566. La limitada atención que la doctrina ha prestado al análisis de las circunstancias relevantes en la determinación del país más estrechamente vinculado se ha justificado en atención a que se trataría de un sistema ya utilizado y conocido con anterioridad por algunos países de la Unión Europea *(vid.* R. PLENDER: *The European Contracts Convention (The Rome Convention on the Choice of Law for Contracts)*, Londres, Sweet & Maxwell, 1991, págs. 103-104.

[114] Esta es la tendencia doctrinal mayoritaria. *Vid.* R. BARATTA: *Il collegamento più stretto...*, *op. cit.*, pág. 179; D. MARTINY: "Art. 28", *cit.*, págs. 1550 y ss; P.A. DE MIGUEL ASENSIO: "La ley aplicable...", *cit.*, pág. 6; M. VIRGÓS SORIANO: "La ley aplicable...", *cit.*, pág. 5295. *Cfr.* L.F. CARRILLO POZO: *El contrato internacional...*, *op. cit.*, *op. cit.*, pág. 99, autor que, por el contrario, defiende una apertura conflictual limitada.

[115] *Vid.* R. BARATTA: *Il collegamento più stretto...*, *op. cit.*, págs. 189-190.

[116] *Vid.* D. MARTINY: "Art. 28", *cit.*, pág. 1550; P.A.DE MIGUEL ASENSIO: *Contratos internacionales...*, *op. cit.*, págs. 246-249. Para la formulación de las soluciones de ley aplicable suele acudirse a determinados postulados como guías básicas para la coducción de este proceso. Tales postulados *(Maximen der Anknüpfung)* fueron desarrollados por P.H. NEUHAUS: *Die Grundbegriffe...*, *op. cit.*, págs. 160-164, quien distingue entre máximas formales y materiales. Entre

Con todo, estas pautas se muestran más como delimitadoras del cuadro o marco jurídico de la argumentación que como verdaderos y precisos criterios de solución. La selección de la ley más estrechamente vinculada exige el recurso a ulteriores valoraciones que el Convenio de Roma no facilita de forma inmediata. En esta tónica, exigencias inexcusables relacionadas con la necesidad de preservar la cohesión sistemática del ordenamiento, otorgan relevancia fundamental en la delineación del esquema argumentativo a seguir a los principios y valores principales de esta rama del ordenamiento[117]. En efecto, mucho más allá de un razonamiento *geometrico more*, el principio de proximidad responde a concretos valores, distintos en cada sector, y en sintonía con los objetivos y finalidades perseguidos por el correspondiente sector normativo[118]. Estos objetivos "no sólo actúan como

---

estas máximas se encontrarían la aplicación de un único ordenamiento, *(Eindeutigkeit)*, -lo que produce sencillez de aplicación, aunque también tiene el peligro de simplificación- el logro de soluciones susceptibles de ser ejecutadas *(Durchsetzbarkeit)*, la previsibilidad del resultado así como la armonía interna e internacional de soluciones.

[117] En este sentido, *vid.* M. VIRGÓS SORIANO: "La ley aplicable...", *cit.*, pág. 5297; D. GUNST: *Die charakteristische Leistung...*, *op. cit.*, págs. 113 y 136. En palabras de P. LAGARDE, "los vínculos más estrechos no constituyen una regla sino simplemente *la expresión de una finalidad a atender*" (P. LAGARDE: "Les principes du droit international privé hier, aujourd'hui et demain", *Principios, objetivos y métodos del Derecho internacional privado. Balance y perspectivas de una década. Cuartas jornadas de Derecho internacional privado, Madrid, 4 y 5 de junio de 1993*, Madrid, 1994, pág. 19). Afirmando que el peso de las conexiones vendría dado desde los objetivos sociales que subyacen a las normas materiales, *(vid.* O. LANDO: "The EEC Convention...", *cit.*, págs. 200-202). En sus expresivas palabras, *"the proper law should not be ascertained by counting but by weighing the connecting factors. These factors derive their weight from the general social policies behind the substantive law rules and from the policies underlying international commercial intercourse, one of wich is to consider the average interest of the parties"*. Por su parte, Th.M. DE BOER duda que las normas de conflicto semiabiertas puedan instalarse en valoraciones de exclusivo carácter geográfico. En sus palabras *"Because of the leeway* (libertad de acción) *they offer the courts in establishing the closest connection, semi-open conflicts rules could be used to cover a result-selective approach to choice of law"* (Th.M. DE BOER: "The EEC Contracts...", *cit.*, pág. 31). En una óptica más amplia, orientada al sentido y necesidad de una jurisprudencia de valores en DIPr., *vid.* S. SÁNCHEZ LORENZO: *Proyecto Docente y de Investigación*, inédito, págs. 126, 155 y 171.

[118] Se habla así del carácter funcional del principio de proximidad, cuyo sentido viene condicionado por los objetivos de una rama del Derecho. Ni siquiera en el interior del ámbito contractual éste mantienen un signicado unívoco. En efecto, mientras en el artículo 4 CR los vínculos más estrechos deben concretarse desde el nivel de los intereses de las partes, en el artículo 7.1 se toman en consideración los intereses estatales (F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ: *Contratación internacional...*, *op. cit.*, pág. 131; F. ESTEBAN DE LA ROSA: "Aplicación del Derecho

mecanismo informador en la formulación e interpretación de normas de DIPr., sino como *fuente de valores* y vías de desarrollo judicial en caso de inexistencia o insuficiencia de las normas de DIPr[119]". El descubrimiento de esas finalidades, al objeto de orientar hacia ellas la textura abierta de la regla de los vínculos más estrechos, resulta ineludible para proseguir el trabajo.

En este momento cobra especial relieve la consideración del siguiente dato: dado que las partes podían haber elegido ellas mismas el Derecho aplicable y, por tanto, el más adaptado a sus intereses, la selección del Derecho aplicable a través de la conexión objetiva debe orientarse también a la determinación del estándar de justicia estatal más apropiado o conveniente para las partes, es decir, de aquel Derecho que responde mejor a los intereses de las partes y a sus expectativas objetivas[120]. Al margen de otros intereses, la tarea del intérprete en la actuación de la regla de los vínculos más estrechos debe consistir en seleccionar la ley aplicable sobre la base de criterios de justicia y de conveniencia para las partes. Si ello es así, en atención a los objetivos que asigna al Derecho de contratos, la perspectiva de análisis económico del Derecho proporciona grandes posibilidades de explicación en este ámbito[121]. Como se tuvo oportunidad de evocar en las páginas anteriores, una determinación de ley aplicable desde el examen del conjunto de prestaciones más complejas o del mayor riesgo que asume uno de los participantes en la *joint venture* logra una distribución equitativa, y por tanto eficiente, de los costes de transacción que típicamente derivan de la internacionalidad de un contrato. Con ello se consigue

---

antitrust...", cit., pág. 827).

[119] S. SÁNCHEZ LORENZO: *Proyecto Docente y de Investigación, op. cit.*, pág. 186.

[120] Estos objetivos han sido extraidos del propósito de las normas dispositivas del Derecho contractual (*vid.* A.J.E. JAFFEY: "The English proper law...", *cit.*, págs. 531-557; *id:* "Choice of Law...", *cit.*, pág. 34. En concreto, el DIPr. debe orientarse a la producción de *"certainty and predictability, as well as business efficacy and convenience"*.

[121] *Vid. supra* este Capítulo, II, 2, B.

aplicar el Derecho de aquella parte que tiene más necesidad de consultar el Ordenamiento para cumplir sus propias prestaciones o que asume un mayor riesgo en la operación. A través de estas reglas, que en el caso normalmente coincidirán, se logra una determinación de ley aplicable desde la consideración de la vertiente interna del contrato. Ante la impracticabilidad de estos criterios, (cuando no existe divergencia sustancial entre las prestaciones o el riesgo de unos y otros, y ninguno de ellos asume tareas importantes de gestión), ¿cómo se determina la ley más conveniente para las partes? A pesar la imposibilidad de efectuar una distribución del coste de información jurídico desde la vertiente interna del contrato, la selección de la ley aplicable debe orientarse todavía hacia soluciones de eficiencia, que no graven a las partes con costes innecesarios. Por ello una mera localización geográfica del contrato, mediante la suma de las conexiones con los distintos países, no parece la solución más razonable[122]. Al contrario, es preciso determinar, operación nada sencilla, el modo en el que las distintas conexiones traducen la mayor conveniencia y previsibilidad de las partes en relación a un determinado Derecho.

En esta óptica, aparece clara la máxima conveniencia para las partes que representa la aplicación de su ley común[123]. En efecto, si ninguno de los países

---

[122] Como señaló A.F. SCHNITZER, *"il faut surtout être conscient de ce que le contrat n'est pas un phénomène du monde extérieur; il n'a donc pas une situation géographique"* (A.F. SCHNITZER: "Les contrats internationaux en droit international privé suisse", *Rec. des Cours*, vol. 123, (1968-I), pág. 572). En este sentido, indicando que un método localizador de tipo geográfico sólo tendría sentido en relación al *jus cogens* y no respecto al *jus dispositivum*, donde poco tendrían que decir los intereses estatales y mucho al contrario los intereses de justicia de las partes, *vid.* A.J.E. JAFFEY: "The English proper law doctrine...", *cit.*, págs. 536 y ss; *id:* "Choice of Law...", *cit.*, págs. 33-34. Sólo si se observase la eventual aplicación de normas imperativas podría considerarse como ley apropiada, dice el autor, el lugar de ejecución del contrato. A nuestro juicio, y frente a la situación anterior, la entrada en vigor del Convenio de Roma, con la contemplación expresa que hace de las normas imperativas, debe contribuir a excluir de la valoración para determinar el Derecho objetivamente aplicable a las políticas o normas imperativas estatales, que ya tendrían sus propios cauces de aplicación. En este sentido *vid.* M. VIRGÓS SORIANO: "La ley aplicable...", *cit.*, pág. 5294.

[123] Cabe recordar que el propio informe explicativo del convenio de Roma (M. GIULIANO y P. LAGARDE: "Informe..., *cit.*, págs. 19-20), indica expresamente el mayor vigor localizador que

muestra interés en la aplicación de su estándard de justicia, lo que aparece con claridad en cuanto las partes tienen la posibilidad de elegir el Derecho aplicable a sus relaciones, la ley aplicable al contrato no debe ser otra que la común a las partes del contrato. Y en defecto de ley común, la ley de alguna de ellas será, en principio, más conveniente en relación a la alternativa consistente en la aplicación de un tercer Derecho[124], solución que exigiría justificaciones adicionales al gravar a las partes del

---

corresponde al Derecho de la residencia habitual común de los contratantes respecto al Derecho del lugar de situación del inmueble a que, en primera instancia, remite el artículo 4.3 CR, solución que ya ha tenido plasmación jurisprudencial. *Vid.* la Sentencia del ***BGH*** alemán de 12 de octubre de 1989 (*IPrax*, 1990, págs. 318 y ss.), en la que, aun envuelto con un propósito no tan defendible dirigido a determinar la aplicación del Derecho alemán como Derecho del lugar de suministro de la prestación característica, para marginar la *lex rei sitae* y determinar la aplicación del Derecho alemán se hizo valer la residencia habitual común alemana de actor y demandado. En el caso, una asociación de consumidores promovió demanda ante el ***BGH*** reclamando la nulidad de una cláusula contenida en las condiciones generales de una sociedad de reponsabilidad limitada con sede en Alemania, por estimarla contraria al artículo 9 de la ley alemana sobre condiciones generales de la contratación (*AGB Gesetz*). La sociedad en cuestión alquilaba para el período vacacional inmuebles situados en España y Francia, siendo los contratos estipulados en Alemania con clientes domiciliados en este país. La cláusula, objeto del recurso, preveía que la caución desembolsada en el momento de la celebración del contrato fuese restituida al cliente sólo después de abandonado el inmueble por el inquilino y verificada la ausencia de daños. El Trinunal alemán declaró la aplicabilidad de la ley alemana al supuesto de especie y aplicó el artículo 9 de la *AGB Gesetz*. Para el tribunal alemán, a pesar de que la presunción contenida en el párrafo 3 del art. 28 *EGBGB* indicara el Derecho español o francés, era claro que del conjunto de las circunstancias resultaba una conexión más estrecha de los contratos en cuestión con el Derecho alemán, en el sentido del artículo 28.5. *Vid.* M. FRIGESSI DI RATTALMA: "Le prime esperienze...", *cit.*, págs. 51; A. LUPONE: "Prime applicazioni della convenzione di Roma: la giurisprudenza tedesca", *La convenzione di Roma sul Diritto applicabile ai contratti internazionali*, a cura di G. Sacerdoti y M. Frigo, 2ª edic, Milán, 1994, págs. 221 y ss. Por otra parte, del papel desempeñado por la sede del prestador caracterísro en el artículo 4.2 CR resulta del todo adecuado extraer el particular relieve que debe atribuirse a la circunstancia de que los contratantes tengan su sede en un mismo país, criterio decisivo en defecto de prestación característica. En este sentido, *vid.* P.A.DE MIGUEL ASENSIO: *Contratos internacionales..., op. cit.*, pág. 247. Desde la perspectiva de la mayor conveniencia para las partes de esta ley *vid.* A.J.E. JAFFEY: "The English proper law doctrine...", *cit.*, pág. 540; *id.:* "Choice of Law in Relation to Ius Dispositivum...", *cit.*, págs. 35-37.

[124] A.J.E. JAFFEY: "The English proper law doctrine...", *cit.*, pág. 540; *id.:* "Choice of Law...", *cit.*, págs. 35-37. Según el autor, una regla que haga aplicable a la ley del país de una de las partes será mejor que una que designe a un Derecho tercero dado que en aquel caso al menos una de las partes tiene la ventaja *"of being able to consult and rely on his own law, while both of them would enjoy the advantages of predictability and certainty"*. En el mismo sentido, *vid.* O. LANDO: "The EEC Convention...", *cit.*, pág. 202, para quien *"the law of one of the parties must be preferred"*.

contrato con la necesidad de informarse sobre un Derecho extranjero[125]. Por ello, la presencia de índices favorables a la aplicación del Derecho de una de las partes debe determinar, como solución preferible, la aplicación de este Derecho. No obstante, no se trata tampoco de una solución general toda vez que, a la vista de las circunstancias, en ocasiones será conveniente la aplicación de un Derecho distinto al de la nacionaliad o sede de las partes. Ello ocurrirá, por ejemplo, cuando, según las circunstancias, no puedan destacarse las prestaciones de ninguno de los participantes o cuando, incluso en presencia de un conjunto de prestaciones más complejas de uno de ellos, su número amplio no haga aconsejable privilegiar este Derecho.

Como se dijo, la tarea que el Ordenamiento atribuye al Derecho de contratos es la facilitación del mercado, lo que en DIPr encuentra traducción satisfactoria en la posibilidad de orientar la conexión objetiva hacia la reducción de los costes de información jurídicos. Se consigue, de este modo, la aplicación de un Derecho eficiente desde la perspectiva económica y que, al derivar del examen de la vertiente interna del contrato, resulta especialmente previsible desde la óptica de las expectativas objetivas de las partes. No obstante, la inoperatividad de un juicio de análisis económico en el caso concreto (*ad. ex.* no existe un mercado de referencia para la previsibilidad de las partes o ninguna de ellas asume el conjunto de las prestacionese más complejas del contrato), no supone que la conexión objetiva deba renunciar a su misión básica y principal de producir previsibilidad sobre la selección del Derecho aplicable. Por ello, la concreción de los vínculos más estrechos deberá seguir respondiendo a las expectativas objetivas de las partes. La optimización del principio de proximidad pasa, pues, por la aplicación de un Derecho al que las partes puedan haber acomodado su comportamiento jurídico, es decir, por la aplicación de un Derecho previsible, lo que es preciso enfocar desde un análisis realista de los

---

[125] En este sentido, indicando que un Derecho neutral, ajeno a las partes, y salvo otra voluntad expresada, sólo supondría un aumento de los costes de información para ambos, *vid.* F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ: "El régimen normativo...", *cit.*, pág. 28

intereses en presencia[126]. Este enfoque viene impuesto por el principio de autonomía conflictual que preside al DIPr. en materia de contratos: si la localización del contrato depende en primera instancia de la voluntad de las partes, resulta del todo razonable que el juez aplique el Derecho que mejor responda a esas expectativas, tal y como se dejan deducir de las circunstancias de la situación[127]. Se trata así de aplicar el Derecho más esperado por las partes o cuya aplicación aparece a las partes como razonable. O, lo que es lo mismo, el Derecho cuya aplicación sorprendería menos (*índice de la previsibilidad natural*)[128]. Siempre que sean suficientemente objetivables, las expectativas de las partes, esta vez en sentido negativo, también pueden determinar la inaplicación de un Derecho no considerado apropiado por las partes. El Derecho más previsible para las partes debe determinarse a través de las conexiones del contrato con los distintos países. Sin embargo, estas conexiones no poseen en sí mismas un valor de previsibilidad preestablecido[129]. En suma, la

---

[126] *Vid.* S. SÁNCHEZ LORENZO: *Proyecto Docente y de Investigación. op. cit.*, pág. 167; B. WORTMANN: *Durchgriffshaftung..., op. cit.*, pág. 96. Como recuerda F. VISCHER, no se ha reparado suficientementne en que cuando Savigny señalaba la aplicación de la ley del país de ejecución era porque esta conexión respondía a la expectativa de las partes. De este modo introdujo como elemento determinante la normal expectativa de las partes que permanece como principio de búsqueda en el proceso de determinación de la ley en el ámbito de los contratos (F. VISCHER: "The antagonism...", *cit.*, pág. 54).

[127] Como reflejo objetivo del principio de autonomía conflictual, los intereses de las partes, no subjetivos sino objetivos, han sido apuntados como elemento de primer orden para la localización objetiva del contrato (*vid.* D. MARTINY: "Art. 28", *cit.*, pág. 1550; M. VIRGÓS SORIANO: "La ley aplicable...", *cit.*, pág. 5295).

[128] Previsibilidad natural que no conviene cofundir con una designación expresa o tácita de la ley aplicable o con una designación presunta (voluntad hipotética). Por previsibilidad natural ha de entenderse la *calculabilidad ab initio* del ordenamiento estatal que, en cada caso, haya de regir el contrato, lo que no se relaciona necesariamente con un conocimiento de la norma de DIPr (R. RUEDA VALDIVIA: *El fenómeno representativo en la agencia comercial internacional: ley aplicable en Derecho internacional privado español*, tesis doctoral, inédita, Granada, 1995, pág. 179).

[129] *Vid.* M. VIRGÓS SORIANO: "La ley aplicable...", *cit.*, pág. 5297. Afirmando la dependencia del valor de las indicaciones respecto a la peculiaridad de la relación contractual y del tipo de relación de que se trate, *vid.* D. MARTINY: "Art. 28", *cit.*, pág. 1563. En palabras de S. SÁNCHEZ LORENZO: *Proyecto docente y de investigación, op. cit.*, págs. 154-156, "no sería posible cuantificar la relevancia de cada conexión, ni menos acumularlas o sumarlas, sin tener en cuenta las circunstancias del caso".

determinación del Derecho aplicable deberá tener en cuenta la preferencia natural por la ley de las partes, o de alguna de ellas, así como las expectativas objetivas de las partes, tal y como se dejan deducir, de forma variable, en las distintas conexiones del contrato con cada país.

B) Ley más estrechamente vinculada y contenido material de los Derechos en presencia

El modelo conflictual europeo se separa de la orientación seguida por la doctrina norteamericana, que ha basado parte de sus soluciones en la aplicación del *Derecho mejor* para regular una concreta situación[130]. En efecto, el Convenio de Roma parte de un esquema localizador que no tiene en cuenta el contenido material de los Derechos en presencia y la regulación, más o menos completa, del supuesto de que disponga el Derecho del país más vinculado. Este razonamiento localizador ciego ante el contenido material de los Derechos llamados, ha podido ser explicado también desde la perspectiva del análisis económico del Derecho, señalándose, en este sentido, que el modelo de la *better law approach*, aplicado para averiguar la ley más eficiente, presenta graves inconvenientes[131]. Frente a este planteamiento general,

---

[130] Se trata de un modelo conflictual basado en el *better law approach*. Como ha señalado de D.F. CAVERS, declarando aplicable la ley del lugar de celebración de un contrato o del domicilio de una de las partes, el método de los conflictos de leyes no tendría en cuenta que esta ley puede revelarse completamente inapropiada al caso considerado. Por ello, sería preciso examinar el tenor de las diferentes leyes en presencia para seleccionar el Derecho aplicable. (*vid.* D.F. CAVERS: The Choice-of-Law Process, Michigan, Ann Arbor The University of Michigan Press, 1965, págs. 85-86).

[131] De un lado, se ha puesto de relieve que este modelo exige una elevada inversión en costes [illegible]arios en cuanto el juez debería conocer el contenido de todos los ordenamientos del mundo e [illegible]ificar aquél que mejor se adecua a la idiosincrasia de la transacción. De otro, las partes no tendrían seguridad *ex ante* de cuál es el ordenamieto aplicable a su transacción, lo cual incentiva la litigiosidad, favorece los comportamientos oportunistas e implica, en definitiva, la inversión en recursos no productivos (F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ: "El régimen normativo...", *cit.*, pág. 28).

sin embargo, desde una autorizada doctrina europea se afirman vías metodológicas que podrían suponer cierta erosión de ese principio. En esta perspectiva se habla de la ley apropiada al contrato (*loi appropriée au contrat*) para significar que el juez, en defecto de elección de ley por las partes, debería preferir, entre aquellos Derechos con los que el contrato presenta vínculos, la ley cuyas disposiciones se adaptan mejor a la economía del contrato[132]. La pregunta es inmediata: ¿tienen cabida este tipo de razonamientos en un esquema localizador puro como el utilizado por el Convenio de Roma? Y más precisamente, ¿es posible introducir en el criterio de conexión basado en el principio de proximidad, valoraciones sobre el contenido material de los Derechos en presencia?

Para resolver esta cuestión es preciso escindir netamente dos planos. De un lado, formulada en esos términos, la cuestión ha de recibir con rotundidad una respuesta negativa, toda vez que el Convenio de Roma, para la determinación de la ley más estrechamente vinculada, excluye la consulta de las normas materiales de los Derechos en presencia. Sin embargo, este método meramente localizador no excluye la posibilidad de introducir, entre las valoraciones tendentes a la determinación de la ley aplicable, juicios de aquélla índole a través de la consideración de las expectativas objetivas de las partes. En efecto, si, como hemos señalado con anterioridad, la averiguación de la ley más estrechamente vinculada ha de orientarse a las expectativas objetivas de las partes, no existiría inconveniente en prestar consideración a una expectativa de las partes en relación al Derecho aplicable. De un lado, para la determinación de la ley aplicable al contrato de *joint venture* sería posible contar con la existencia de una expectativa subjetiva de las partes, pero

---

[132] *Vid.* H. BATIFFOL: "La loi appropriée au contrat", *Le droit des relationes économiques internationales, Études offertes à B. Goldman*, París, 1987, págs. 1-13. Esta idea ha encontrado aplicación en dos ámbitos diferentes: en el primero, cuando un contrato sea conocido y regulado por una de las leyes en presencia, mientras que la otra lo ignora, la primera aparecería mucho más apropiada que la segunda para regularlo; en el segundo, habría que aplicar la ley que convalida el contrato, y no aquélla que lo anula.

objetivable, dirigida a marginar, por inapropiado, a un determinado Derecho[133]. De otro, la regulación especial que de un contrato pueda contener un Derecho podría también inferirse, cuando de la referencia del contrato a términos específicos de su regulación no pueda deducirse la existencia de sumisión tácita, una especial vinculación del contrato con esta ley[134]. No obstante, al margen esta posibilidad, ¿es posible que las expectativas de las partes se proyecten directamente sobre el contenido material de los Derechos en presencia, por ejemplo por el hecho de que uno de los ordenamientos sea más desarrollado sobre una determinada cuestión jurídica?[135]. Si bien el esquema de soluciones que ofrece el Convenio de Roma impide atribuirles el relieve primario, no podría descartarse el recurso a valoraciones de este tipo, sobre todo cuando otros índices de previsibilidad sobre el Derecho aplicable no hayan podido determinar con claridad la preferencia por alguno de los Derechos en escena. En estos casos, para proveer una mayor proximidad, podría ser determinante la circunstancia de que un determinado Derecho esté más desarrollado en un concreto sector jurídico, lo que podría formar parte de las expectativas

---

[133] En este sentido, *vid.* P.A. DE MIGUEL ASENSIO: "La ley aplicable en defecto de elección a los contratos internacionales...", *cit.*, pág. 6; L. HUBER: *Das Joint-Venture...*, *op. cit.*, pág. 97. Por ejemplo, en el caso de una *joint venture* constituida entre una sociedad francesa y otra alemana cuya sociedad común se encuentre en Hungría sería fácil pensar en una expectativa común de las partes orientada a excluir la aplicación del Derecho húngaro, pese a que éste pudiera considerarse, a la vista de las circunstancias, como el país que manifiesta una mayor proximidad con el contrato.

[134] En este sentido, I. SCHWANDER afirma que algunos contratos innominados se sitúan en una relación de dependencia estrecha respecto a una determinada regulación legal, sin la cual pierde sentido su interpretación y cumplimiento. En DIPr. esto conduciría a la sumisión de estos contratos al Derecho a cuya regulación legal pertenecen (*vid.* I. SCHWANDER: "Die Behandlung der Innominatverträge...", *cit.*, pág. 511). Por su parte, H. BATIFFOL se refiere al contrato desconocido por uno de los dos Derechos en presencia, en el que el silencio de las partes significaría su voluntad de situar la operación bajo el imperio de la otra ley. No obstante, en estos casos en los que se suelen utilizar referencias aisladas a una ley, el autor parece vislumbrar más bien la existencia de una designación tácita de ley aplicable (*vid.* H. BATIFFOL: "La loi appropriée au contrat", *cit.*, pág. 5).

[135] En el sentido que, por ejemplo, ha señalado H. BATIFFOL: "La loi appropriée au contrat", *cit.*, pág. 7.

objetivas de las partes[136].

C) Principio de proximidad y *lex validitatis*

Si una de las funciones del Derecho de contratos es favorecer la operatividad del mercado, ello se consigue otorgando vinculabilidad al acuerdo. La ley más eficiente sería, desde esta óptica, la que concede validez en cuanto "un contrato válido es más eficiente que uno inválido"[137]. Conforme a este criterio, la ley que otorga validez al contrato sería la más vinculada y apropiada para el mismo[138]. No obstante, ¿es posible orientar la regla de los vínculos más estrechos que establece el Convenio de Roma hacia la selección de la ley que otorga validez al contrato? La cuestión posee trascendencia en general, y especialmente en relación a los contratos de *joint venture* toda vez que de la ley aplicable dependerá en muchas ocasiones la

---

[136] Esta solución sería congruente con la aplicación del segundo Derecho más vinculado cuando en el Derecho hallado en primer lugar existe una laguna en el ámbito jurídico sobre el que versa el litigio. No obstante, la posibilidad de considerar de este modo el contenido material del Derecho para la localización objetiva no es cuestión pacífica en la doctrina. De un lado, se reprocha a este modo de proceder que sistemáticamente favorecería la aplicación del Derecho de los Estados industrializados en perjuicio de las leyes de los países en desarrollo. Si la operación tiene verdaderamente lazos esenciales o preponderantes con el país menos desarrollado, parecería injusto descartar su ley a falta de elección expresa. Por otra parte, en puridad, no podría mantenerse que un sistema jurídico no puede dar una respuesta a toda cuestión de Derecho (*vid.* E. GAILLARD: "Trente ans de Lex Mercatoria...", *cit.*, pág. 13; B. BATIFFOL: "La loi appropriée au contrat", *cit.*, págs. 7 y ss, así como las decisiones judiciales y arbitrales allí citadas).

[137] *Vid.* A.J.E. JAFFEY: "The English proper law doctrine...", *cit.*, pág. 532. En este sentido el *Restatement Second* norteamericano contiene el *favor negotii* como un objetivo básico que subyace en el Derecho de contratos, dado que las expectativas de las partes normalmente se dirigirán a mantener la validez del contrato. Una estipulación debería ser construida "*ut res magis valeat quam pereat*". En este sentido, conectando la regla de la validez con las expectativas de las partes, *vid.* E. JAYME: "L'autonomie de la volonté...", *cit.*, pág. 15.

[138] H. BATIFFOL: "La loi appropriée au contrat", *cit.*, pág. 2. La preferencia por la ley que reconoce la validez del contrato respondería a la idea que informa el artículo 1157 del *Code civil* así como a la voluntad implícita de las partes de elegir la ley que convalida el contrato más que aquella que le hace no producir efecto.

validez o no del contrato[139].

No obstante, el parecer doctrinal mayoritario se inclina en la otra dirección. A juicio de F. Vischer, no resultaría acertado convertir una regla material interna de interpretación de expresiones ambiguas en principio básico del DIPr. de contratos en cuanto que podría cuestionarse la posibilidad de entender que la validez de una cláusula contractual constituye una expectativa de las partes. Precisamente, el hecho de que la validez del contrato puede ser discutida muestra a todas luces que el interés y expectativas de las partes son distintos[140]. En el ámbito del Convenio de Roma, S. Rammeloo recuerda que, fuera de los casos en los que el Convenio ha pretendido favorecer el comercio internacional de modo expreso[141], esta promoción no debería ser reconocida[142]. A la vista de estas consideraciones, no resulta posible, ni conveniente, erigir al *favor negotii* en principio informador de la regla de los vínculos más estrechos.

---

[139] Por la relevancia que puede tener para la determinación de la ley aplicable a otros acuerdos vinculados al contrato de *joint venture* (especialmente los contratos satélites), es preciso mencionar el parecer de P. LAGARDE, para quien el abandono de la ley del país del prestador característico en favor de la de otro país que presente mayor proximidad con el contrato constituiría una manifestación significativa de la investigación de una *solución material* tendente a promover la validez del contrato *Vid.* P. LAGARDE: *Rev.crit.dr.int.pr.*, 1991, págs. 748 y ss; M. FRIGESSI DI RATTALMA: "Le prime esperienze...", *cit.*, pág. 55.

[140] F. VISCHER: "The antagonism...", *cit.*, págs. 57 y ss.

[141] Como ocurre a través de la excepción del interés nacional que establece el artículo 11 CR a propósito de la capacidad de las personas físicas.

[142] S. RAMMELOO: *Das neue EG-Vertragskollisionsrecht...*, *op. cit.*, pág. 445. En igual sentido, para D. MARTINY: "Art. 28", *cit.*, pág. 1566, resulta dudoso que pueda darse efecto en la regla de los vínculos más estrechos al *favor negotii*. El Derecho aplicable, dice el autor, debería determinarse con independencia de si el contrato es válido. También *vid.* C. CAMPIGLIO: "Prime applicazioni della clausola d'eccezione europea in materia contrattuale", *Riv.dir.int.pr.proc.*, 1992, pág. 254. Otra solución es defendida por M.A. LARA AGUADO, para quien el principio de conservación contractual o *favor negotii* aparecería informando las soluciones del Convenio de Roma (*vid.* M.A. LARA AGUADO: "Nota a la Sentencia del TS (Sala 1ª) de 1 de marzo de 1993", *REDI*, vol. XLVI, 1994, pág. 371).

D) La ley más estrechamente vinculada en los contratos de *joint venture*

La averiguación de la ley más estrechamente vinculada en los contratos de *joint venture* aparece condicionada, como dijimos, por el marcado componente casuístico que manifiesta este sector de la contratación. Esta circunstancia conlleva la imposibilidad de hallar un único momento funcional para estos contratos, y de establecer posiciones contractuales predefinidas que permitan formular reglas de conflicto desde el análisis de los intereses en presencia en distintos tipos de contratos de *joint venture*. Su configuración *ad hoc* no aconseja, pues, la formulación de reglas para grupos de casos. La actuación del principio de igualdad en su vertiente negativa determina la necesidad de otorgar un trato diferente a los contratos de *joint venture* cuyos elementos relevantes sean distintos: un contrato de *joint venture* con un número elevado de participantes en el que todos contribuyan con prestaciones materiales específicas, cuya sociedad común se encuentre en un país tercero en el que tienen lugar con cierta frecuencia reuniones de dirección no tiene por qué ser tratado por el DIPr. de forma igual a otro en el que sólo participen dos sociedades, asumiendo una de ellas el conjunto de las prestaciones más complejas del contrato.

La impracticabilidad de un método basado en el establecimiento de reglas de ley aplicable de operatividad *a priori*, no supone afirmar que el proceso de selección de la ley aplicable deba ser abandonado al arbitrio del órgano jurisdiccional o arbitral. Frente a ello, el modo de introducir seguridad jurídica para la selección de ley aplicable en este sector de la contratación, pasa por conducir la localización objetiva del contrato a través de un proceso argumentativo, en el que adquieren relevancia las razones de orden material que informan al principio de proximidad. En este sentido, la determinación de la ley aplicable a los contratos de *joint venture* debe tener en cuenta que, en defecto de otras finalidades, la regla de los vínculos

más estrechos se orienta a la selección de aquel Derecho que resulta más conveniente para las partes, pero no desde una perspectiva material, sino en el sentido de Derecho más conocido y previsible para ellas. De ahí la predilección por la ley común de las partes así como por el Derecho de una de ellas, la valoración de las conexiones desde la perspectiva de las expectativas objetivas de las partes y el carácter mutable del valor localizador que incorporan los elementos de conexión, que no actúan con valores inmutables. Estos datos plantean al internacionalprivatista el reto, que por difícil no deja de seducir, consistente en la elaboración, con base en aquellas ideas, de un esquema de soluciones de ley aplicable en el que, combinando y valorando el grado de proximidad que incorporan en distintos casos los diferentes criterios de conexión, sea posible resolver de forma satisfactoria los problemas de ley aplicable que plantean la mayoría de los contratos de *joint venture* que sea posible imaginar. Para esta finalidad, es preciso tomar en consideración no sólo las ideas que determinan una mayor proximidad sino también los elementos que, frecuentemente, muestran relevancia conflictual en este sector de la contratación. A continuación pasamos al examen del vigor localizador relativo que incorporan distintas conexiones en los contratos de *joint venture*.

2. Nacionalidad o sede común de los participantes

El especial relieve que el Convenio de Roma atribuye al Derecho del prestador característico determina la mayor proximidad que corresponde al Derecho de la nacionalidad o sede común de los participantes en la *joint venture*[143]. La

---

[143] La máxima proximidad que incorpora este criterio de conexión fue justificada en el hecho de que expresa el entorno o medio común a las partes *(vid.* A.F. SCHNITZER: *Handbuch...*, *op. cit.*, págs. 640-641; *id.*: "Les contrats internationaux en droit international privé suisse", ***Rec. des Cours***, vol. 123, (1968-I), pág. 572). Más recientemente, refiriendo a este criterio como índice de conexión de primer grado, *vid.* D. MARTINY: "Art. 28", *cit.*, pág. 1563 y 1565. En contra de esta opinión, y descartando cualquier virtualidad para el criterio en la selección de la ley más estrechamente

nacionalidad o sede común de aquéllos en la *joint venture* no veda la posibilidad de apreciar su carácter internacional en cuanto el carácter heterogéneo del contrato de *joint venture* puede derivar, por ejemplo, de la localización de la sociedad *joint venture* en un país tercero[144]. Desde una consideración material, la aplicación de este Derecho se justifica en la máxima conveniencia que para las partes supone la aplicación del Derecho de su entorno común, Derecho presumiblemente más conocido por ellas y que responde a la expectativa de las partes. Por tanto, cuando ambos o todos los participantes tienen una nacionalidad o sede común, la regla debe ser la aplicación al contrato de *joint venture* de la ley de esa nacionalidad o sede común[145].

Ahora bien, cuando esta regla de conexión deja de responder a su propio fundamento, no existe motivo para mantenerla, debiendo descartarse la aplicación del Derecho hallado de este modo siempre que no existan otros índices que determinen una mayor previsibilidad de las partes respecto a su aplicación. Ello sucederá, por ejemplo, cuando la nacionalidad o sede de la sociedad participante no sea traducción de la existencia de una vinculación efectiva con ese país. Cuando se trate de una sede

---

vinculada en el Convenio de Roma, *vid.* L.F. CARRILLO POZO: *El contrato internacional..., op. cit.*, págs. 101-102. Conviene recordar que el informe explicativo del Convenio de Roma menciona la residencia común de las partes como un índice fuerte de proximidad, que incluso desplaza a la ley del país de la sede del prestador característico en los contratos relativos a bienes inmuebles (*vid.* M. GIULIANO y P. LAGARDE: "Informe relativo...", *cit.*, págs. 19-20).

[144] La posibilidad de derivar la internacionalidad del contrato de las funciones de la *joint venture* ha sido indicada por P.M. KLEINSCHMIDT: "Kooperationsvertrag", *cit.*, pág. 792.

[145] *Vid.* K. ZWEIGERT y B. VON HOFFMANN: "Zur internationalen Joint Venture", *cit.*, págs. 207-208; P.M. KLEINSCHMIDT: "Kooperationsvertrag", *cit.*, pág. 796. Por las razones apuntadas resulta difícil pensar que otros criterios, que quizás puedan conducir a un Derecho distinto, como los derivados del elemento cooperativo, puedan desplazar al Derecho de la sede común de los participantes. La aplicación del Derecho de la sede de las partes, y especialmente cuando una pluralidad de ellas tienen su sede en el mismo país, también es propuesta por W. von STEIGER y L. HUBER, aunque sólo cuando en la *joint venture* no sea posible advertir un centro de administración (W. von STEIGER: "Die einfache Gesellschaft...", *cit.*, pág. 24; L. HUBER: *Das Joint-Venture..., op. cit.*, pág. 107).

de carácter ficticio, es decir, su fijación no responda a una vinculación efectiva de la sociedad sino, por el contrario, a razones de otro tipo (*ad. ex.* motivos relacionados con una menor exigencia del Derecho de sociedades o motivos de orden fiscal) el Derecho de la nacionalidad o sede común no podrá reputarse como el más próximo, en el sentido de más familiar, conveniente y conocido por una de las partes *Umweltrecht)*[146]. En tales casos se produce una quiebra de la presunción favorable a esta ley, lo que determina la necesidad de averiguar el Derecho aplicable al contrato mediante el recurso a otros criterios[147]. Por otra parte, este mismo razonamiento abre la posibilidad de considerar como Derecho más vinculado al del

---

[146] En relación a los contratos internacionales sobre derechos de propiedad industrial y *know-how*, afirmando la necesidad de marginar el Derecho de la sede que por motivos fiscales puede haberse establecido en un país distinto a aquél en el que se llevan a cabo las tareas propias de la sociedad *vid.* P.A.DE MIGUEL ASENSIO: *Contratos internacionales..., op. cit.*, pág. 245. La mayor proximidad se daría, afirma el autor, con la ley del país donde se encuentra el centro de actividades del grupo.

[147] Piénsese por ejemplo en la *joint venture* constituida entre dos sociedades que por motivos fiscales han establecido su sede social en el mismo país. Si puede demostrarse que cada una de ellas desarrolla sus actividades principales en países distintos será difícil apreciar al Derecho de la sede común como Derecho más familiar y conocido por ambas. Por otro lado, en el ámbito de las relaciones intracomunitarias, en los casos en los que la nacionalidad o sede de los participantes en la *joint venture* no suponga una vinculación efectiva con el país en cuestión, la aplicación de la ley de la nacionalidad o sede común de los participantes resulta, además, contraria al TUE. En este sentido, y desde la perspectiva del principio de igualdad de trato en el ámbito del Mercado Único (artículo 6 TUE), y del examen de la jurisprudencia dictada por el TJCE en interpretación de dicho precepto, S.A. SÁNCHEZ LORENZO ha puesto de relieve que la utilización del criterio de conexión de la nacionalidad común en el ámbito de la conexión objetiva del Derecho de contratos sólo es compatible con el principio comunitario de igualdad de trato cuando aquélla sea expresión de una proximidad real, que revele una vinculación objetiva de la actuación de la sociedad en dicho ordenamiento (medio económico), quedando determinada, por ejemplo, a través del criterio de la sede real. En cambio, no podría admitirse la aplicación de la ley de la nacionalidad común cuando ésta responda a la teoría de la constitución o incorporación, pues la derivación de un régimen diverso de normas materiales en estos casos podría introducir un trato diferencial con ocasión, directa o indirecta, del ejercicio de una libertad comunitaria, ya se trate de una libertad concreta de circulación (trabajadores, servicios, mercancías o capitales) o del propio principio básico de la libre competencia (*vid.* S.A. SÁNCHEZ LORENZO: "La incidencia del principio comunitario de no discriminacion por razon de nacionalidad en los sistemas conflictuales de los Estados miembros", *RCEA*, 1996, en prensa, así como la doctrina alemana allí citada). *Vid.* la Sentencia del TJCE de 1 de febrero de 1996 [As. C-177/94, *Perfili;* el texto puede verse en el número de 1996 de la *RCEA*], en la que se afirma que el principio de no discriminación contemplado en los artículos 6, 52 y 59 TUE no se refiere a posibles desigualdades de trato derivadas de las divergencias de las distintas legislaciones de los Estados miembros, siempre que tales legislaciones *afecten a todas las personas sujetas a su aplicación, según criterios objetivos y sin tener en cuenta su nacionalidad.*

país de la explotación principal común de dos sociedades, a pesar de no tratarse del Derecho de la nacionalidad o sede social común.

3. Coincidencia de la sede de un participante con la sede de la sociedad *joint venture*

Cuando las sociedades participantes proceden de distintos países y del contenido del contrato de *joint venture* no es posible inferir la existencia de una divergencia clara entre las prestaciones de cada uno de ellos (en base a este criterio no cabe distribuir de forma eficiente el coste de información jurídico), la determinación del Derecho aplicable deberá transcurrir a través de criterios ajenos a la dinámica interna de las relaciones que el contrato instaura entre las partes. Adquieren, así, vigor localizador los índices que son capaces de traducir una mayor previsibilidad de las partes sobre la aplicación de un determinado Derecho. La doctrina que ha afrontado los problemas que suscita la localización objetiva de los contratos de *joint venture,* insiste en la necesidad de seleccionar el Ordenamiento aplicable a través de una acumulación de conexiones, e indica la aplicación del Derecho del país en el que se localice la suma preponderante de los contactos del contrato con los diversos paises. En esta óptica, suele afirmarse la máxima proximidad que expresa el Derecho del país de la sede de la sociedad *joint venture* cuando coincide con el país de la sede de alguno de los participantes en la operación[148].

---

[148] La posibilidad de afirmar la existencia de una "preponderancia de conexiones" en ese país fue expresada por K. ZWEIGERT y B. VON HOFFMANN: "Zur internationalen *joint venture*", cit., pág. 208, (*"Wenn etwa einer der Partner seinen Sitz in dem Lande hat, in welchem das Gemeinschaftsunternehmen besteht, so ist in der Regel ein Übergewicht der Verknüpfungen zu diesem Lande anzunehmen"*), y ha sido seguida, sin perjuicio de la introducción de ciertos matices, por la totalidad de la doctrina que con posterioridad ha estudiado la cuestión. *Vid.* P.M. KLEINSCHMIDT:

A) Posibles fundamentos del criterio

El hecho de que, como se verá, quepa atribuir un valor localizador alto, en general, a este criterio de conexión, no exime de la necesidad de identificar y concretar las razones de orden material que justifican ese vigor localizador. Sólo de este modo, por otro lado, será posible identificar las situaciones en las que, por dejar de atender a las razones que determinan esa mayor proximidad, el criterio ha de ser desplazado en beneficio de otros. En concreto, es necesario averiguar si el Derecho hallado de este modo es el Derecho más previsible para las partes, y si lo será en todos los casos. Conviene, asimismo, examinar el grado de proximidad que proporciona este criterio de conexión en relación a aquellos otros que derivan de forma más directa de un análisis del contenido del contrato.

La aplicación al contrato de base de la ley del país de la sede de la sociedad *joint venture* podría obedecer a diferentes justificaciones, no atendibles en igual medida ni modo como hemos de ver. Entre ellas se cuentan la posibilidad de afirmar la operatividad de una suerte de conexión accesoria en favor del Derecho del país de la sede de la sociedad común, dada la estrecha vinculación entre las relaciones jurídicas que surgen en el ámbito de la sociedad conjunta y las que tienen lugar en el contrato de base de *joint venture;* la ubicación en el país de la sede de la sociedad *joint venture* de la sede organizativa de los participantes, en sentido contractual; la existencia en este país de un grupo de contactos merecedor de especial consideración;

"Kooperationsvertrag", *cit.*, pág. 796; M. OERTLE: *Das Gemeinschaftsunternehmen..., op. cit.*, pág. 96; B. WORTMANN: *Durchgriffshaftung..., op. cit.*, págs. 96-97. Esta misma solución es propuesta por L.HUBER, aunque sólo a modo de presunción y situándola en un segundo plano, habida cuenta de que, en su perspectiva, correspondería primacía a los criterios de conexión relacionados con el elemento cooperativo u organizativo del contrato (*vid.* L. HUBER: *Das Joint-Venture..., op. cit.*, pág. 108).

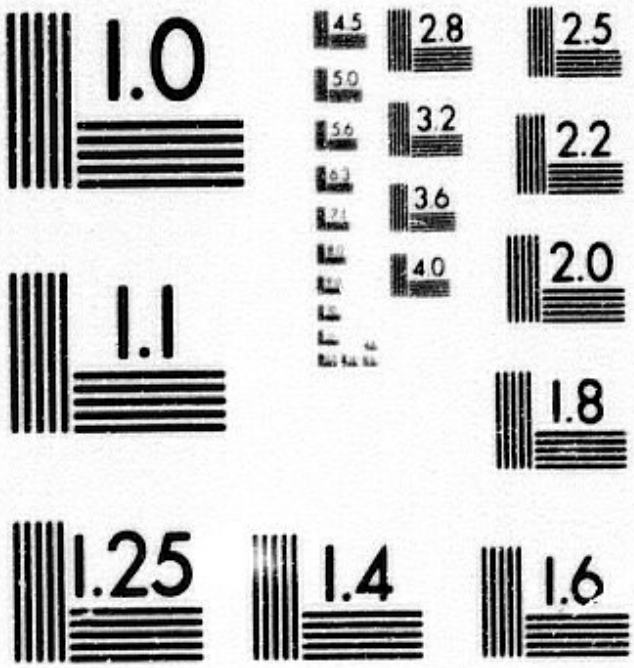
y, en último lugar, la asimilación de este criterio de conexión con el del lugar de ejecución del contrato, toda vez que las tareas de cumplimiento tendrán lugar, frecuentemente de forma exclusiva, en el país de la sede de aquélla sociedad.

La posibilidad de afirmar una conexión accesoria que permita someter el contrato de *joint venture* al Derecho del país de la sede de la sociedad conjunta cuenta con ciertos obstáculos. De un lado, puede que no siempre exista correspondencia entre los participantes en el contrato y los accionistas de la sociedad *joint venture*, lo que supone una primera cortapisa a la operatividad de una conexión accesoria, que presupone la existencia de una relación jurídica entre las mismas partes. Pero, fundamentalmente, este criterio resulta inoperativo, en término estrictos, si la sociedad *joint venture* aún no ha sido creada. Dado que ello no habrá sucedido en el momento en que se concierta el contrato de base, no parece apropiado fundar la aplicación de este Derecho por referencia a unas relaciones jurídicas que aún no han sido generadas. En segundo lugar, y aunque sólo desde la posición del sector doctrinal que atribuye relevancia especial en la localización del contrato de *joint venture* a los elementos relacionados con el elemento cooperativo, se ha advertido que la sede de la sociedad *joint venture* no puede ser considerada como el lugar del centro de organización del acuerdo base a efectos de determinar la ley aplicable. En este sentido se afirma que el centro organizacional del acuerdo base no necesariamente coincidirá con la sede de la sociedad *joint venture*[149].

Por otra parte, se dice que la coincidencia de la sede de un participante con la sede de la sociedad *joint venture* determina una *agrupación de contactos*

---

[149] Como ha señalado C.Th. **EBENROTH**, la sede de la sociedad *joint venture* que vaya a ser creada no puede ser considerada como el centro de organización del acuerdo base (*vid.* C.Th. **EBENROTH**: "Das Verhältnis...", *cit.*, págs. 265-266). También *vid.* B. **WORTMANN**: *Durchgriffshaftung...*, *op. cit.*, pág. 97. Sobre la perspectiva seguida por este trabajo en relación al vigor localizador que corresponde al elemento cooperativo en los contratos de *joint venture*, *vid. supra* este Capítulo II, 2, C.



MICROCOPY RESOLUTION TEST CHART
NATIONAL BUREAU OF STANDARDS
STANDARD REFERENCE MATERIAL 1010a
(ANSI and ISO TEST CHART No. 2)

y, en último lugar, la asimilación de este criterio de conexión con el del lugar de ejecución del contrato, toda vez que las tareas de cumplimiento tendrán lugar, frecuentemente de forma exclusiva, en el país de la sede de aquélla sociedad.

La posibilidad de afirmar una conexión accesoria que permita someter el contrato de *joint venture* al Derecho del país de la sede de la sociedad conjunta cuenta con ciertos obstáculos. De un lado, puede que no siempre exista correspondencia entre los participantes en el contrato y los accionistas de la sociedad *joint venture*, lo que supone una primera cortapisa a la operatividad de una conexión accesoria, que presupone la existencia de una relación jurídica entre las mismas partes. Pero, fundamentalmente, este criterio resulta inoperativo, en término estrictos, si la sociedad *joint venture* aún no ha sido creada. Dado que ello no habrá sucedido en el momento en que se concierta el contrato de base, no parece apropiado fundar la aplicación de este Derecho por referencia a unas relaciones jurídicas que aún no han sido generadas. En segundo lugar, y aunque sólo desde la posición del sector doctrinal que atribuye relevancia especial en la localización del contrato de *joint venture* a los elementos relacionados con el elemento cooperativo, se ha advertido que la sede de la sociedad *joint venture* no puede ser considerada como el lugar del centro de organización del acuerdo base a efectos de determinar la ley aplicable. En este sentido se afirma que el centro organizacional del acuerdo base no necesariamente coincidirá con la sede de la sociedad *joint venture*[149].

Por otra parte, se dice que la coincidencia de la sede de un participante con la sede de la sociedad *joint venture* determina una *agrupación de contactos*

---

[149] Como ha señalado C.Th. **EBENROTH**, la sede de la sociedad *joint venture* que vaya a ser creada no puede ser considerada como el centro de organización del acuerdo base (*vid.* C.Th. **EBENROTH**:"Das Verhältnis...", *cit.*, págs. 265-266). También *vid.* B. **WORTMANN**: *Durchgriffshaftung...*, *op. cit.*, pág. 97. Sobre la perspectiva seguida por este trabajo en relación al vigor localizador que corresponde al elemento cooperativo en los contratos de *joint venture*, *vid. supra* este Capítulo II, 2, C.

susceptible de generar una mayor previsibilidad de las partes orientada a la aplicación de este Derecho[150]. Frente a este planteamiento, desde la perspectiva que sigue este trabajo resulta difícil compartir la idea de que la mera localización en un mismo país de diversos contactos del contrato deba, por sí misma y sin necesidad de efectuar ulteriores valoraciones de orden material, ser determinante de la selección del Derecho aplicable. En otras palabras, sin perjuicio del resultado, la consideración, en estos casos, del Derecho de la sociedad *joint venture* como Ordenamiento más vinculado al contrato, sólo puede derivar tras la verificación de que realmente se trata del Derecho más conveniente y previsible para las partes, sin ser determinante la suma algebraica de conexiones[151]. Las insuficiencias de estas explicaciones obligan, todavía, a indagar en el fundamento de la conexión.

A nuestro juicio, aún cabe atribuir un buen título de aplicación a la ley del país de la sede de la sociedad *joint venture* si se considera que normalmente será en este país en el que se desplegarán las principales actividades relacionadas con el cumplimiento del contrato de *joint venture*, tanto en lo que se refiere a los actos necesarios para la creación y funcionamiento de la sociedad *joint venture* como en lo que afecta a las prestaciones materiales a cargo de los participantes[152]. Ahora bien,

---

[150] *Vid.* la doctrina mencionada *supra*.

[151] Desde la idea que asigna a la preponderancia de conexiones el carácter determinante para la selección de la ley aplicable, no habría razón para no aplicar el Derecho de la sede de la sociedad *joint venture* cuando esa preponderancia conduzca a un Derecho distinto, como ocurre cuando el contrato ha sido negociado y celebrado en el país de otro de los participantes en el que también tienen lugar las sesiones habituales relativas a la dirección del proyecto, indicando asimismo la lengua utilizada por el contrato a este mismo país. En puridad, tampoco podría descartarse la aplicación de un tercer Derecho. Si no se explica adecuadamente porqué la preponderancia de conexiones consistente en la coincidencia de la sede de un participante con la de la sociedad *joint venture* resulta *más* determinante del Derecho aplicable, la propuesta de solución queda teñida de cierto grado de arbitrariedad, del todo incompatible con las exigencias de la seguridad jurídica.

[152] El dato relevante sería el lugar de cumplimiento del contrato de *joint venture* (creación de la sociedad conjunta, lugar en el que han de efectuarse las prestaciones de los participantes), y no tanto el lugar en el que se vayan a desplegar las actividades sociales de la sociedad *joint venture*.

¿cómo ha de valorarse este criterio de conexión a la vista de la relegación general de que ha sido objeto y, especialmente, en el Convenio de Roma? ¿No habría necesariamente que atribuir un escaso vigor localizador al lugar de ejecución del contrato a la vista de esta situación? Un examen detenido de las razones que condujeron a la relegación de este criterio, revela la conveniencia de mantenerlo y de erigirlo en índice de conexión especialmente apropiado para algunos contratos de *joint venture*. En efecto, fundamentalmente se le ha reprochado a este criterio que, en los contratos sinalagmáticos, conduce a un fraccionamiento de la ley aplicable que es difícil de admitir[153]. No obstante, este reproche no tiene por objeto impugnar el vigor localizador del criterio en sí, que se ofrece por el contrario como exponente apropiado para valorar las expectativas de las partes, sino únicamente denunciar las deficiencias que su puesta en práctica genera. Por ello, la posibilidad que se ha afirmado de atribuir vigores localizadores distintos a un mismo criterio de conexión en atención a las circunstancias del caso, invita a erigir al Derecho del lugar de ejecución del contrato como criterio de conexión útil en los supuestos que no planteen el inconveniente descrito, limitando la marginación de este criterio a la subsistencia de las razones que determinaron su exclusión. A la vista de estas razones, resulta no sólo lícito, sino también conveniente, atribuir valor localizador al lugar de ejecución del contrato cuando éste quede concretado invariablemente en un único país y dejen de suscitarse problemas de fraccionamiento del contrato. No extraña, pues, que el criterio del lugar de ejecución del contrato haya sido recomendado por la doctrina como criterio de conexión apto para satisfacer las exigencias de la conexión objetiva en los contratos que se caracterizan por localizar

---

[153] *Vid.* D. MARTINY: "Art. 28", *cit.*, pág. 1564. Como recuerda F. VISCHER, la ley del lugar de ejecución debía rechazarse en cuanto genera el fraccionamiento del contrato cuando el lugar de ejecución no es el mismo para las dos partes, siendo esta separación incompatible con la naturaleza del contrato (F. VISCHER: "The antagonism...", *cit.*, pág. 54). Junto a este reproche fundamental, se ha señalado también otro, quizás no tan esencial, consistente en su carácter jurídico, lo que determina que sólo pueda ser concretado en el ámbito de un Ordenamiento, planteando un problema añadido al prejuzgar el Derecho aplicable.

en un único país las prestaciones que derivan de los mismos[154].

Como consecuencia de estas reflexiones, el vigor localizador del criterio de la sede de la sociedad *joint venture* puede venir dado en cuanto lugar de ejecución del contrato. La aplicación al contrato de *joint venture* del Derecho de la sede del participantes que coincida con la sede de la sociedad *joint venture* posee una doble ventaja añadida: por una parte, desde la perspectiva de la distribución del coste de información jurídico, resulta una ley eficiente en cuanto sólo impone a una de las partes la necesidad de obtener información sobre el Derecho extranjero; y por otra parte, el hecho de que el contrato deba ejecutarse fundamentalmente en este país hace a este Ordenamiento especialmente previsible para el otro (u otros) participante(s) en la operación. Desde la consideración del principio de previsibilidad que orienta la regla de los vínculos más estrechos, es claro que el Derecho del lugar de ejecución del contrato, cuando éste deba ser ejecutado en un único país, supone la existencia de expectativas objetivas de las partes sobre la aplicación de este Derecho[155].

---

[154] *Vid.* B. VON HOFFMANN: "General Report...", *cit.*, pág. 9: "*for contracts of transportation (...), for building contracts and some kind of service contracts, the place of performance could often give an adequate general criterion of connection*". *Vid.* también P.A. DE MIGUEL ASENSIO: "La ley aplicable...", *cit.*, pág. 6; L.F. CARRILLO POZO: *El contrato internacional..., op. cit.*, págs. 100-101. Tambien *vid.* S. RAMMELOO: *Das neue EG-Vertragskollisionsrecht..., op. cit.*, pág. 296: "*Für masgebend sei fortan die Anknüpfung and das Recht des Ortes zu halten, an dem die charakteristische Leistung erbracht werden sollte*".

[155] En este sentido, F. VISCHER recordaba que el criterio de la ley del lugar de ejecución del contrato, en el modo en que fue formulado por F.K. VON SAVIGNY, tenía por objetivo satisfacer las expectativas de las partes *(vid.* F. VISCHER: "The antagonism...", *cit.*, pág. 54). Desde la perspectiva en que ha sido considerado el valor localizador de este criterio no resultan decisivos para descartar a esta conexión en los contratos de *joint venture* los reproches que se han dirigido contra ella en el sentido de que no presta atención a una consideración interna de la relación entre participantes *(vid.* M. OERTLE: *Das Gemeinschaftsunternehmen..., op. cit.*, pág. 96). En relación con los contratos sobre propiedad industrial, el alto vigor localizador que corresponde al criterio del lugar de ejecución del contrato ha sido afirmado por P.A.DE MIGUEL ASENSIO: *Contratos internacionales..., op. cit.*, pág. 251-258. En sus palabras, "la práctica totalidad de los hechos relevantes en el cumplimiento y la ejecución de estos contratos tiene lugar, con independencia de la voluntad de los contratantes, en el país de protección, integrándose así el contrato en la esfera socio-económica de ese país".

B) Límites a la operatividad de la conexión

La operatividad de esta conexión queda limitada, obviamente, a las situaciones en las que la sociedad *joint venture* tiene su sede en el país de la sede de un participante. Junto a ello, la virtualidad de esta conexión aparece condicionada a la localización de las tareas de ejecución del contrato. En efecto, normalmente, la sociedad *joint venture* es una sociedad nacional del país en el que se prevé la ejecución del proyecto conjunto. En la medida en la que el país de la sede de esta sociedad es el único lugar de ejecución del contrato de *joint venture*, la atracción de la ley de este país es fuerte, dada la especial previsibilidad que incopora el lugar de ejecución del contrato. En muchos casos el contrato de *joint venture* establece que las actividades de los participantes y de la sociedad común se ceñirán al ámbito territorial de este país. En esta situación, el país de la sede de esa sociedad se erige en único lugar de ejecución del contrato, lo que debe dificultar la posibilidad de desplazar a este Derecho dada la especial proximidad que incorpora[156]. No obstante, también puede suceder que el contrato de *joint venture* tenga por objeto una operación de mayor alcance en la que las obligaciones de los participantes deban desarrollarse en distintos países[157]. Podría pensarse, por ejemplo, en el caso en el que la sede de la sociedad *joint venture* se fija por razones de conveniencia (pabellón de complacencia). Cuando la *joint venture* no ciñe su ámbito de actuación al país de la

---

[156] En el ámbito de los contratos sobre propiedad industrial, afirmando la máxima proximidad que corresponde al Derecho del lugar de ejecución (lugar de explotación de derechos de propiedad) cuando éste se ubica en un único país, *vid.* P.A.DE MIGUEL ASENSIO: *Contratos internacionales...*, *op. cit.*, pág. 251-258. No obstante, *vid.* M. HIESTAND: *Die Anknüpfung interenationaler Lizenzverträge*, Frankfurt, Peter Lang, págs. 289-311 (citado por P.A. DE MIGUEL), quien entiende que, si bien en los contratos de licencia sobre derechos de propiedad industrial de un único país, es éste el que presenta los vínculos más estrechos, los inconvenientes que presenta un criterio de conexión específico en tal sentido aconsejan su inaplicación.

[157] Como ocurrirá, por ejemplo, si el contrato, además de ciertas prestaciones a favor de la sociedad *joint venture*, prevé que los participantes asuman la distribución y comercialización de los productos de la sociedad *joint venture*, al situarse ésta en un país distinto.

sede de la sociedad común y, al contrario, las actividades de ejecución del contrato tienen lugar en varios paises, la inconveniencia de proceder a un fraccionamiento del contrato debe conducir a conceder menor vigor localizador a este criterio y a la verificación de otros que sean operativos en el caso concreto y que no resulten de carácter fortuito o casual. La aplicación del Derecho de la sede de la sociedad *joint venture* sólo podrá mantenerse cuando no existan índices de previsibilidad que indiquen a otro Derecho.

Incluso cuando resulta plenamente operativa la conexión, pueden existir supuestos en los que la existencia de un Derecho más estrechamente vinculado podrá desplazar al Derecho de la sede de la sociedad *joint venture*. El criterio puede perder eficacia localizadora, en algunas situaciones en las que el número de participantes de procedencia extranjera en relación al país de la sede de la sociedad común sea elevado. Si, por ejemplo, todos o la mayoría de los socios en la *joint venture*, a excepción del participante local, proceden de un único país, deberá aplicarse la ley del país de la sede de la mayor parte de ellos, sobre todo si la posición de conjunto de este grupo de participantes define el mayor riesgo y complejidad de prestaciones en la operación[158]. En estos casos pierde vigor el fundamento del principio que da preferencia en la selección del Derecho aplicable al Ordenamiento del país de uno de los participantes[159], no podría descartarse anticipadamente la aplicación de un

---

[158] Lo que es fácil de explicar desde una perspectiva económica, toda vez que no sería eficiente que el coste de información jurídico se impute a la mayoría de los participantes en la operación cuando pueda existir un criterio que permita imputarlo a un número menor de ellos. A juicio de P.A.DE MIGUEL ASENSIO, la regla del lugar de ejecución en un sólo Estado sólo resultaría derogada cuando ambos contratantes tienen su establecimiento en un mismo país, distinto del lugar de explotación (*vid.* P.A.DE MIGUEL ASENSIO: *Contratos internacionales...*, *op. cit.*, págs. 251-258).

[159] En efecto, mientras en el caso de la *joint venture* con dos participantes parece aconsejable la aplicación del Derecho de uno de ellos, en cuanto sólo será el otro el que deberá informarse sobre este Derecho, cuando aquéllos son varios sólamente uno de ellos disfrutaría el beneficio que proporciona la aplicación de su Derecho, pudiendo existir una expectativa legítima del resto sobre la aplicación de un Derecho distinto.

tercer Derecho si la previsibilidad mayor se concreta de otro modo. Al contrario, cuando los socios proceden de muy distintos países, deberá aplicarse la ley de la sede de la sociedad común como ley del lugar de ejecución del contrato[160].

C) Valoración del grado de proximidad de la conexión en presencia de otros criterios que deriven de la dinámica interna del contrato

El criterio de conexión que se analiza hace planear aún la duda de si no debería comportar la postergación de la ley hallada a través del examen de las prestaciones más complejas del contrato o del mayor riesgo asumido por alguno de los participantes[161]. Ante todo es preciso advertir las trascendentales implicaciones prácticas de esta cuestión dada la enorme frecuencia de los supuestos donde puede plantearse. En efecto, suelen ser harto habituales los supuestos de *joint ventures* en los que la creación de la sociedad *joint venture* tiene lugar en el país de una de las sociedades participantes, asumiendo sin embargo esta sociedad obligaciones de prestación de escasa entidad (*ad. ex.* adquirir y pagar el derecho a establecer unas instalaciones, la conexión con la red de alcantarillado o, alternativamente, a las conducciones de desagüe, la infraestructura necesaria, etc), en absoluto comparables con las propias del participante extranjero mientras que el otro proporciona las prestaciones de mayor entidad para la realización del proyecto (*ad. ex.* cesión del uso

---

[160] No obstante, *vid.* L. HUBER: *Das Joint-Venture...*, *op. cit.*, pág. 108, quien propone en estos casos la aplicación de la ley del lugar de las reuniones habituales de los participantes o la del lugar de celebración del contrato.

[161] En el ámbito de los contratos de propiedad industrial, P.A.DE MIGUEL ASENSIO mantiene que, cuando el lugar de explotación se concreta en un único país, incluso quedaría desplazado el Derecho del prestador característico, siendo determinante de ese desplazamiento la *ratio* inspiradora del artículo 4.3 CR (*vid.* P.A.DE MIGUEL ASENSIO: *Contratos internacionales...*, *op. cit.*, pág. 251-258).

de la marca y del *know-how* necesario, así como todos los medios financieros necesarios para la construcción y equipamiento de las instalaciones). La cuestión estriba en saber si el hecho de esta acumulación de conexiones en un país puede determinar una mayor vinculación del contrato y por tanto si debe marginarse el Derecho hallado a través de las prestaciones más complejas del contrato.

Desde la perspectiva de la orientación de la solución de DIPr. a la mayor eficiencia de la operación, con anterioridad se advirtió lo arriesgado que sería identificar un mercado de referencia para las partes en ausencia de actos de oferta o de demanda realizados de forma planificada por alguna de las partes; salvo casos de excepción, debería pues descartarse la posibilidad de erigir al mercado de la sede de la sociedad *joint venture* como mercado en el que se integra el contrato desde la perspectiva de la común previsibilidad de las partes y de la distribución eficiente del riesgo conflictual. También se indicó lo difícil que puede resultar considerar a éste como el mercado afectado por el contrato de *joint venture* en el sentido de mercado sobre el que se produce el impacto socioeconómico del contrato, dado lo inoportuno que resulta emplear este término, al margen de una normativa estatal de intervención (*ad. ex.* Derecho de la competencia), en relación a un contrato internacional; en términos estrictos, por definición, los mercados afectados por una transacción internacional serían dos o más; y la intervención de normas imperativas sobre el contrato no posee, en principio, la virtud de determinar por sí misma el estatuto contractual. Al contrario, dado que las partes podrían haber elegido el Derecho aplicable, la selección del Derecho más estrechamente vinculado ha de ser guiada a través del análisis de los intereses de las partes y no, al contrario, de la finalidad de estas normas imperativas. Otra solución determinaría atribuir un ámbito de aplicación especial a las normas imperativas de un país desde la consideración de un parámetro determinado de proximidad. La aplicación en su caso de estas normas seguirá la vía de las normas materiales imperativas, sin interferir en la determinación del estatuto

contractual[162]. En definitiva, la aplicación de la ley del lugar de ejecución del contrato sólo encuentra justificación en cuanto constituye un índice privilegiado que evidencia la mayor previsibilidad de las partes sobre la aplicación de ese Derecho.

No obstante, lo que ocurre es que este criterio es de carácter externo, toda vez que no presta consideración a la dinámica de las relaciones que el contrato instaura entre los participantes y a la posición contractual respectiva de cada uno de ellos. Por ello, a nuestro juicio, su virtud localizadora, para determinar el Derecho aplicable a partir de la previsibilidad mayor que se genera respecto al Derecho hallado de este modo, ha de quedar subordinada a la inexistencia de elementos de orden interno que permitan distribuir de forma eficiente el riesgo conflictual (coste de información jurídico) que genera el contrato internacional[163]. Desde la perspectiva seguida en este trabajo, la aplicación del Derecho del participante que realiza las prestaciones más complejas responde mejor a las finalidades que el análisis económico atribuye al Derecho de contratos, siendo ésta la solución más eficiente para la economía global de la operación. Y por otro lado, esta solución también conecta con el criterio seguido por el Convenio de Roma cuando privilegia, con carácter general, a las conexiones que derivan de la dinámica interna del contrato

---

[162] En este sentido, *vid.* la sentencia del *OGH* austriaco de 7 de julio de 1994 (*IPRax*, 1995, Heft. 5, págs. 326-329). Como señala W. LORENZ al comentar esta decisión, las disposiciones imperativas no afectan a las relaciones privadas entre el contratista y el cliente de modo que haya de cambiar el tratamiento del contrato en DIPr. tal y como deriva del artículo 28.2 EGBGB con la localización del contrato en el Etado del establecimiento principal de aquella parte que tiene que suministrar la prestación característica. En sus palabras, *"Diese Vorschriften wirken aber nicht derart in die privatrechtlichen Beziehungen zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer hinein, daß sich deshalb die Bewertung der kollisionsrechtlichen Interessen ändert, wie sie die Regelanknüpfung in Art. 28 Abs. 2 EGBGB mit der Lokalisierung des Vertrages im Staat der Hauptniederlassung derjenigen Partei vornimmt, welche die charakteristische Leistung zu erbringen hat"* (*vid.* W. LORENZ: "Verträge über im Ausland zu erbringende Bauleistungen: Vertragsstatut bei fehlender Rechtswahl", *IPRax*, 1995, págs. 329-332).

[163] La asunción de un mayor riesgo por uno de los participantes ha sido contemplada por L. HUBER como circunstancia apta para desplazar al Derecho de la sede de la sociedad *joint venture* en favor del Derecho del participante que asume ese mayor riesgo *(vid.* L. HUBER: *Das Joint-Venture..., op. cit.*, pág. 108).

frente a las conexiones de carácter externo[164].

4. Coincidencia de la sede de un participante con otros criterios

En defecto o ante la impracticabilidad de los criterios anteriores (*ad. ex.* los participantes asumen prestaciones equivalentes en complejidad y riesgo y el contrato no es ejecutado únicamente en el país de la sede de la sociedad *joint venture* sino en varios paises), es preciso acudir a otros índices que permitan establecer la mayor previsibilidad de los participantes sobre la aplicación de alguno de los Derechos en presencia. Como dijimos, sólamente en los casos en los que el número de participantes es elevado queda más justificada la aplicación de un Derecho distinto al de alguno de ellos. Por el contrario, cuando la *joint venture* se constituye con dos o tres socios, que son los casos más frecuentes, la disminución del coste de información jurídico aconseja la aplicación del Derecho de uno de ellos, de ahí el título del epígrafe. En este momento pueden venir en consideración distintos criterios a los que corresponde sin embargo diferente vigor localizador en dependencia de las circunstancias del caso concreto.

---

[164] En efecto, esta solución coordina con el sentido y la finalidad que persigue el Convenio de Roma mediante el establecimiento de la presunción en favor de la ley del prestador característico. En defecto de una interpretación del TJCE, aún no disponible, la primera jurisprudencia dictada en aplicación del convenio de Roma ha otorgado relieve especial a la regla de la prestación característica. *Vid.* la Sentencia del ***Hooge Raad*** holandés de 25 de septiembre de 1992 (*vid.* S. RAMMELOO: "Die Auslegung von Art. 4.2...", *cit.*, págs. 243-248). Aunque la cuestión decidida queda ciertamente lejana de las situaciones que aquí se contemplan (se trataba de un contrato de compraventa), la decisión puede ofrecer cierto valor didáctivo en cuanto el ***Hoge Raad*** consideró que la coincidencia en el país de la otra parte del contrato del lugar de negociación y celebración de éste así como del lugar de ejecución no bastarían para determinar el desplazamiento de la ley de la sede del prestador característico.

A) Vigor localizador del elemento cooperativo en el contrato de *joint venture*

Como se tuvo oportunidad de comprobar en páginas anteriores, desde las finalidades y objetivos a que responde la conexión objetiva en el ámbito contractual, resultan serios obstáculos a la posibilidad de erigir a los criterios de conexión que derivan del elemento cooperativo como criterios preferentes y generales para determinar la ley aplicable al contrato de *joint venture*. No obstante, ello no significa que tales criterios no puedan resultar útiles elementos de conexion en dependencia de las variables circunstancias de los casos. El valor localizador de cada criterio puede ser distinto y su operatividad puede quedar limitada.

Por una parte, cuando uno de los participantes asume en el contrato de *joint venture* funciones de gestor para realizar tareas de coordinación y dirección general en el ámbito del contrato, e incluso realiza ciertos actos *ad hoc* con eficacia externa[165], el Derecho de la sede de este socio posee buenos títulos de aplicación, sobre todo en el caso de equivalencia entre las prestaciones de los participantes[166]. El valor localizador de este factor de conexión viene dado en cuanto conecta con la dinámica interna del contrato, destacando la posición de uno de los participantes sobre la del resto desde la perspectiva de las prestaciones asumidas[167]. No obstante,

---

[165] Para L. HUBER sólo se justificaría la conexión al lugar de la residencia habitual del director del negocio, cuando éste actúa de cara al exterior con una determinada frecuencia o cuando desempeña esenciales funciones a nivel interno (*vid.* L. HUBER: *Das Joint-Venture...*, *op. cit.*, pág. 106).

[166] *Vid. supra* este Capítulo, II, 2, C.

[167] De este modo de proceder es ilustrativa la Sentencia del Tibunal de La Haya (*Hof den Haag*) de 24 de abril de 1986 (*NIPR*, 1988, págs. 115-117, núm. 129, para cuya traducción he de agradecer la inestimable ayuda de Willen Clements). En 1977 la sociedad demandada, ahora apelante (South East Asia Shipping Corporation Ltd [SEASCO], de nacionalidad hindú), y las sociedades demandantes (Vroon, B. V., de los Países Bajos, y Aquitaine Maritime Agencies Ltd [AMA], del Reino Unido), celebraron un acuerdo dirigido a la explotación conjunta de una línea regular de transporte de mercancías desde el Mar del Norte y Oeste de Europa hacia India y Pakistán. La explotación de la línea tendría lugar a través de la sociedad Eurasian Express Lines (EEL), sociedad constituida en

el criterio resulta impracticable cuando todos los socios asumen labores de dirección y gestión del acuerdo base, así como de vigilancia de la ejecucion de los contratos satélites, sin resultar del acuerdo base la existencia de medidas especiales al respecto. Este caso suele ser muy frecuente.

En cambio, el lugar donde tienen lugar las reuniones habituales de los socios es normalmente un criterio externo a la economía del contrato por lo que, en principio, no debe ser situado en posición de ventaja frente a otros criterios externos. El criterio puede servir, sobre todo, como elemento de refuerzo para determinar la aplicación de la ley del participante gestor. Cuando este criterio determine la aplicación de un Derecho distinto al del país de uno de los participantes, normalmente deberá ser descartado, afirmación que sin embargo ha de ser modulada en los casos en los que participan una pluralidad de socios, donde, a la vista de las circunstancias, podría admitirse. De otro lado, la operatividad intrínseca de este criterio resulta limitada desde la consideración del elemento espacial y temporal que incorpora. En relación al primero, basta pensar en la posibilidad de reuniones periódicas de forma alternativa en el país de cada participante, o en la inexistencia de tales reuniones al producirse los acuerdos por vía de teléfono, fax,

---

Liberia, encargándose Vroon B.V. de la dirección y control de la línea de transporte marítimo. Debido a la falta de autorización gubernamental, SEASCO no pudo aportar a EEL el capital comprometido, como consecuencia de lo cual, los participantes acordaron que SEASCO operaría para la línea como agente en La India, estimando las partes que la autorización para aportar ese capital sería finalmente concedida. Una vez finalizada la explotación de la línea en 1980, los participantes acordaron liquidar la operación, para lo que era preciso delimitar las obligaciones financieras de cada uno. Ante las diferencias susrgidas, Vroon y AMA demandaron a SEASCO ante los Tribunales de Rotterdam, reclamando el cumplimiento de la obligación de aportación de capital, pretensión que fue estimada, en su mayor parte, en dos Sentencias, donde se declaró la responsabilidad de SEASCO por su parte en las pérdidas hasta la fecha de su salida de la operación. SEASCO recurrió las dos sentencias, alegando, entre otros argumentos, que el Derecho holandés no era aplicable al acuerdo celebrado. En su decisión de 7 de mayo de 1982, el Tribunal de Rotterdam declaró que era de aplicación la ley holandesa, al ser la ley del país en el que la línea tenía su sede principal (*hoofdzetel*). Por su parte, SEASCO mantuvo en la apelación que todos los participantes estimaban que sería de aplicación el Derecho de Liberia. El Tribunal de La Haya, después de afirmar la imposibilidad de detectar en los documentos aportados una voluntad tácita de elección de ley aplicable en favor de la ley de Liberia, aplicó también el Derecho holandés.

videoconferencia, etc. Por otra parte, respecto al elemento temporal, en el juicio de proximidad de la conexión debe ponderarse especialmente el elemento de regularidad para atribuir relieve a la conexión (*ad. ex.* la celebración de reuniones de modo esporádico aunque en el mismo lugar no debe conducir a un juicio positivo de proximidad). Y sólo se justifica la aplicación de la ley del lugar de las reuniones de los socios cuando su frecuencia permita atribuir valor localizador a ese elemento. La posibilidad de este criterio de incorporar previsibilidad queda reducida cuando el lugar de las reuniones se selecciona por meras razones de oportunidad (*ad. ex.* el aeropuerto de París como lugar de las reuniones entre los partipantes de una *joint venture* entre una sociedad española y otra alemana). Cuando este criterio indique a un tercer Derecho no parece del todo aconsejable la aplicación de este Derecho, al menos no en presencia de otros criterios que indiquen la mayor proximidad del Derecho de alguno de los participantes. Piénsese en el caso de una *joint venture* constituida entre una empresa española con otra alemana para constituir una sociedad conjunta en Marruecos. Si por ejemplo las reuniones tienen lugar en Francia no parece que deba aplicarse el Derecho francés. En estos casos debería acudirse a otros criterios, como por ejemplo, el lugar de la negociación y conclusión del contrato.

B) Lugar de negociación y de celebración del contrato

Frente a posiciones del pasado, hoy es general la negación de la virtud localizadora del lugar de negociación y celebración del contrato al constituir criterios de carácter externo que escasamente responden a la naturaleza y contenido de la relación, pudiendo resultar del todo fortuitos. En tales criterios no cabe atender a las

exigencias de la justicia particular[168]. De ahí que el Convenio de Roma no contemple este criterio de forma general[169]. No obstante, como se dijo, los puntos de conexión no llevan en sí mismos un grado de proximidad preestablecido, sino que éste puede variar en dependencia de las circunstancias del caso. En relación con el sector de la contratación que se analiza, a medida que el lugar de negociación y de celebración del contrato adquiere una impronta especial, y deja de ser fortuito, tales criterios pueden observarse como traducción de expectativas objetivas y de previsibilidad de las partes orientadas a la aplicación de ese Derecho, siempre en defecto de otros índices. En concreto, la virtud localizadora del lugar de negociación del contrato queda incrementada cuando la celebración de éste ha resultado tras un espacio de tiempo prolongado en el que las negociaciones quedaron institucionalizadas en forma de reuniones periódicas formales entre los futuros participantes, sobre todo cuando la negociación en el país de alguno de ellos determinó la asunción por éste de especiales labores organizativas y de preparación del contrato. En estas situaciones, cuando el lugar de negociación y celebración del contrato dejan de ser fortuitos puede darse relevancia a estos criterios. Por ejemplo, en una *joint venture* creada entre una sociedad española y otra norteamericana para organizar una sociedad común en Méjico, en defecto de otros criterios podría atenderse al hecho de haberse gestado el acuerdo en Madrid para determinar la aplicación de la ley española. No obstante, el criterio deja de ser practicable cuando no cabe reconocer un lugar de negociación del contrato que sea preponderante y no resulta apto para traducir una especial previsibilidad de las partes sobre la aplicación de ese Derecho. De otro lado,

---

[168] *Vid.* D. MARTINY: "Art. 28", pág. 1564. No obstante, atribuyendo expresamente valor localizador a tales criterios, *cfr.* L.F. CARRILLO POZO: *El contrato internacional..., op. cit.* pág. 101.

[169] Y ello dado que el Convenio de Roma contempla el lugar de conclusión del contrato así como el lugar en que se han desarrollado los tratos previos como factor de conexión en el artículo 5 sólo a propósito de los contratos de consumidores, donde se persigue un objetivo especial de política legislativa. Del carácter especial de esta norma, destinada a regular la contratación internacional en un sector con presencia de una parte débil, debería inferirse que en el resto de casos el legislador ha atribuido escasa potencia localizadora al lugar de conclusión del contrato.

al igual que ocurre en el caso del criterio basado en el lugar de las reuniones periódicas de los participantes en la *joint venture*, ha de contemplarse con especial cautela la posibilidad de que este criterio pueda conducir a un Derecho tercero respecto a las partes del contrato. En todo caso, el criterio puede mostrarse como elemento de apoyo[170].

C) ¿Estructura funcional y económica de la *joint venture* y participación desigual en la sociedad *joint venture*?

De la clasificación de carácter económico y funcional, y con relevancia a efectos del Derecho de la competencia, que distingue entre las *joint ventures* horizontales, verticales y conglomerado se ha indicado la posibilidad de extraer criterios de conexión adicionales para la conexión objetiva y para la determinación de los vínculos más estrechos del contrato de *joint venture*[171] . Por ejemplo, se afirma, cuando la sociedad *joint venture* queda sometida a la estructura empresarial de uno de los participantes, realizando sólo determinadas funciones en el ámbito de una fase previa del proceso económico (publicidad común, investigación común, compra en común, producción de productos intermedios), sería de aplicación del Derecho del participante que se sitúa en la posición dominante. Solución que habría de prevalecer incluso en el caso de coincidencia de la sede de la sociedad *joint venture* con la de otros socios[172].

---

[170] W. von STEIGER: "Die einfache Gesellschaft...", *cit.*, pág. 24; L. HUBER: *Das Joint-Venture...*, *op. cit.*, pág. 108.

[171] L. HUBER: *Das Joint-Venture...*, *cit.*, pág. 109.

[172] L.HUBER ilustra este tipo de situaciones con el caso de una *joint venture* cuyo objetivo es producir productos semielaborados para una empresa Suiza a fin de mantener la competencia de esta empresa en su mercado. El motivo principal de la inversión sería garantizar la capacidad de competir

Desde nuestro punto de vista, la valoración de este criterio de conexión merece las siguientes consideraciones. En muchas ocasiones una estructura funcional de la *joint venture* de ese tipo será reflejo de la posición destacada del participante extranjero en el contrato de *joint venture*. Por ejemplo, éste podría asumir las prestaciones de mayor complejidad como la aportación de la tecnología y *know-how* necesarios para la fabricación de los productos semielaborados, la preparación y puesta a punto de la fábrica e instalaciones necesarias para la producción. Mientras tanto, el participante local podría limitarse a proporcionar la mano de obra y a realizar gestiones de carácter administrativo con las autoridades del país local. La creación de la *joint venture* podría venir sólo motivada como exigencia de la normativa sobre inversiones extranjeras del país anfitrión. En esta situación, parece clara la conveniencia de aplicar al contrato de *joint venture* la ley del país de aquella sociedad que depende en mayor medida de la *joint venture* y asume en ésta un mayor riesgo[173], solución que es perfectamente compatible con los postulados del análisis económico. Sin embargo, cuando esa dependencia no se traduce en la atribución a una de las sociedades de un riesgo o prestaciones destacables no cabe utilizar el criterio. En efecto, cuando la estructura funcional de la *joint venture* no sea expresión de una desigualdad manifiesta en la complejidad de las prestaciones o en la asunción de un mayor riesgo, no nos parece al contrario que quepa atribuir mayor valor localizador a esta conexión respecto, por ejemplo, al Derecho de la sede de la sociedad *joint venture* como lugar de ejecución del contrato. El escaso valor de este

---

en el mercado suizo. Las actividades de la sociedad *joint venture* se sitúan en esta etapa anterior y tienen por exclusiva finalidad servir a la empresa suiza. En este caso, el acuerdo base se regiría por el Derecho suizo, a pesar de que la sede de un participante coincide con la sede de la sociedad *joint venture*. La estructura de participación así como el objetivo inequívoco de la fabricación de productos semiterminados a favor de uno de los participantes aconsejaría tal resultado.

[173] *Vid.* B. WORTMANN: *Durchgriffshaftung im joint venture, op. cit.*, pág. 98. Según el autor, si uno de los participantes suministra sólo el personal y la sociedad *joint venture* abastece a la otra sociedad participante de productos semiterminados, esta sociedad será más dependiente de la *joint venture* y por regla general asumirá un mayor riesgo. En casos dudosos, pues, habría que aplicar el Derecho del participante que tiene el interés económico mayor y, por tanto, en el ejemplo, el Derecho de la parte que va a adquirir los productos semielaborados.

criterio deriva, en defecto de su coincidencia con otros, en cuanto parte de elementos completamente ajenos y externos al contenido del contrato y que tienen que ver con los motivos subjetivos. La determinación objetiva de la ley aplicable al contrato de *joint venture* no debe depender de la función que cada sociedad participante asigne a la sociedad *joint venture*[174].

También propone L. Huber el criterio de la participación desigual en la sociedad *joint venture*, en el sentido de que si, por ejemplo, a una de las partes corresponde una participación mayoritaria en la sociedad *joint venture* y correlativamente una primacía en el acuerdo base, este hecho podría ser pertinente para conducir el razonamiento en el ámbito de la conexión objetiva. De nuevo, a nuestro juicio, resulta difícil considerar a este criterio de forma aislada, no pudiendo predicarse una auténtica autonomía del mism. La aplicación del Derecho del país de la sede de esta sociedad quedará justificada en cuanto ésta sea la que asume el mayor interés en la operación, en la medida en la que el riesgo financiero mayor se corresponda con un también mayor riesgo contractual. No obstante, en la medida en que, si bien en vía de excepción, puede no existir correspondencia entre ambos, será difícil otorgar a este criterio operatividad autónoma. Su operatividad queda ceñiida pues a la posibilidad de reconducirlo al criterio del riesgo.

5. Ninguno de los criterios coincide con la sede de un participante

Los criterios de conexión que se han señalado con anterioridad deben

---

[174] Para la sociedad local podrían ser importantes otras finalidades como la creación de un tejido industrial a través de la adquisición de tecnologías no disponibles en el país, de la capacitación de su personal, etc.

conducir a soluciones satisfactorias en los casos más frecuentes de contratos de *joint venture*. En efecto, los principios que informan a la conexión objetiva en materia contractual, aconsejan, normalmente, y sobre todo en el caso típico de una *joint venture* constituida entre dos sociedades de distintos países, la aplicación del Derecho de una de las partes, solución que reduce considerablemente la carga de DIPr. que supone la averiguación del Derecho extranjero y por tanto resulta en principio preferible[175]. De este modo, por ejemplo, si, en defecto de un conjunto de prestaciones más complejas del contrato a cargo de uno de los participantes, el lugar de celebración y negociación del contrato o el lugar de las reuniones habituales de los participantes dejan traducir, por su caracterización en el caso, una especial previsibilidad en favor del Derecho de uno de ellos, éste será el Ordenamiento aplicable. No obstante, pueden también darse contratos de *joint venture* en los que, por razón de las circunstancias del acuerdo y a través de los índices de proximidad que se han señalado, no sea posible localizar el contrato en el país de alguna de las sociedades participantes. ¿Conforme a qué pautas de solución han de resolverse estos supuestos?

A) ¿Fraccionamiento del contrato?

Ante la imposibilidad de practicar una distribución del coste de información jurídico desde el propio contrato (*ad. ex.* en caso de paridad o equivalencia entre las prestaciones), y cuando no resulte posible atribuir un grado de previsibilidad mayor

[175] No obstante, como se dijo con anterioridad, cuando el número de participantes en la operación es elevado, la pérdida de intensidad del principio que propugna la aplicación preferente del Derecho de una de las partes en estos casos determina que no pueda descartarse anticipadamente la aplicación de un Derecho tercero. La aplicación de éste tendrá lugar siempre que su aplicación corresponda con una mayor previsibilidad de las partes que sea deducible con base en las expectativas objetivas de las mismas.

a alguno de los Ordenamientos en presencia, para la localización objetiva de estos contratos podría parecer razonable, dado el contenido diverso que incorporan los contratos de *joint venture*, el recurso a la técnica del fraccionamiento, determinando la ley aplicable, de forma separada, para cada parte del contrato. En un segundo momento, en su caso, habría de procederse a la adaptación de las disposiciones materiales de los Derechos en presencia. La necesidad de proceder a un fraccionamiento del contrato de este orden ha sido propuesta tras observar la imposibilidad de proporcionar una justificación material a la aplicación del Derecho de una de las partes, siendo posible el fraccionamiento del contrato al concurrir en este caso las circunstancias excepcionales que aconsejan esta operación[176]. Con la mejor doctrina, sin embargo, la posibilidad de fraccionamiento objetivo del contrato que habilita el Convenio de Roma presupone la existencia de una ley aplicable al todo. Esta perspectiva, por otra parte, no es ajena a las dificultades que puede entrañar la identificación de las partes autónomas del contrato, a efectos de proceder a una delimitación separada de ley aplicable, lo que se hace patente en los contratos de *joint venture*. Por ello, en lugar de acudir a un fraccionamiento del contrato habrá de indagarse en la previsibilidad respecto a la aplicación de un Derecho tercero que sea previsible para las partes.

B) ¿Aplicación cumulativa de los ordenamientos jurídicos en presencia y adaptación?

Aunque desconocida en el ámbito de las jurisdicciones estatales, la práctica

---

[176] A juicio de D. GUNST, *si no se quiere favorecer a una de las partes sin una justificación material*, será preciso determinar la ley aplicable de forma separada para las distintas obligaciones, según el artículo 4.1 *in fine* CR (D. GUNST: *Die charakteristische Leistung..., op. cit.*, pág. 192).

arbitral ha venido reiterando una solución de ley aplicable consistente en la aplicación cumulativa de los ordenamientos jurídicos en presencia[177]. Se trataría de aplicar de forma acumulada las normas materiales de todos y cada uno de los Derechos de los participantes en la operación *joint venture*, procediendo en su caso a la eliminación de las contradicciones valorativas (*Wertungswidersprüche*) entre los derechos aplicables mediante la adaptación[178]. Si bien en el ámbito del arbitraje podría admitirse, como vía de escape, la aplicación de principios comunes a varios Estados, o de principios de la *lex mercatoria*[179], en el ámbito de las instancias jurisdiccionales estatales no resultaría aceptable. De otro lado, este sistema de solución genera graves inseguridades que no hacen aconsejable su adopción para resolver los litigios que surjan con ocasión de un contrato de *joint venture*. De un lado, soluciones de este tipo, de forma parecida a lo que sucede con los principios de la *lex mercatoria*, menoscaban profundamente el principio de seguridad jurídica, dado el amplio ámbito de discrecionalidad de que goza el juez en el momento de proceder a la adaptación de las disposiciones materiales de los Derechos apliables. En muchos casos, los desajustes entre los Derechos en presencia no siempre podrán resolverse a través del recurso a la adaptación sin que, a la postre, se otorgue preferencia a uno de los

---

[177] *Vid.* Y. DERAINS: "L'application cumulative par l'arbitre des systèmes de conflit de lois interessés au litige", *Rev. arb.* 1972, págs. 99 y ss; A. KASSIS: *Le nouveau droit...*, *op. cit.*, pág. 512; B. GROßFELD: *J. von STAUDINGERS Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche, IPR, Internationales Gesellschaftsrecht*, 13. Auf., 1993, pág. 187.

[178] Esta solución fue estimada preferible por K. ZWEIGERT y B. VON HOFFMANN: "Zur internationalen *joint venture*", *cit.*, pág. 209.

[179] *Vid. supra* Capítulo Segundo, I, 2. En el ámbito del arbitraje y en garantía de los imperativos de previsibilidad y de seguridad jurídica, cuando los elementos de conexión se reparten de forma equilibrada entre dos o más sistemas jurídicos, E. GAILLARD considera justificada la aplicación de los principios generales señalados por la jurisprudencia arbitral y por los Derechos en presencia, más que la elección de alguno de los Ordenamientos estatales (E. GAILLARD: "Trente ans de Lex Mercatoria...", *cit.*, págs. 19-20, pág. 24).

Derechos sobre el resto[180]. De otro lado, esta solución tampoco ofrece a las partes una respuesta satisfactoria cuando tratan de resolver sus diferencias de forma extrajudicial. Y además, el método no será eficiente, por simples razones prácticas, cuando en una *joint venture* participen una pluralidad de socios de distinta procedencia[181]. Por razones similares tampoco resulta satisfactoria la solución, utilizada por las instancias arbitrales, consistente en la aplicación del sistema de DIPr de todos los Ordenamientos en presencia[182], toda vez que los sistemas de DIPr. pueden también diferir unos de otros, determinando la aplicación de Derechos materiales distintos.

C) La ley de la sede de la sociedad *joint venture* como conexión de cierre: límites a su operatividad

La necesidad de localizar de forma unitaria al contrato de *joint venture* queda, pues, inalterada cuando ninguno de los criterios que se señalaron determina la aplicación del Derecho de una de las partes. En estos casos, el intérprete debe prescindir del propósito inicial de localizar el contrato en el país de una de las sociedades participantes, toda vez que la aplicación de uno de esos Derechos, en detrimento del resto y en defecto de razones materiales, volvería arbitrario el proceso de selección del Derecho aplicable. Pues bien, para estas situaciones se ha propuesto como conexión de cierre la aplicación de la ley de la sede de la sociedad *joint*

---

[180] *Vid.* P.M. KLEINSCHMIDT: "Kooperationsvertrag", *cit.*, pág. 796. Como ha señalado B. WORTMANN, la adaptación no sería operativa cuando el incumplimiento contractual sólo existe según alguno de los Derechos en presencia y no según el resto (B. WORTMANN: *Durchgriffshaftung...*, *op. cit.*, pág. 97). *Vid.* C.Th. EBENROTH: "Nach Art. 10", *cit.*, pág. 560.

[181] M. OERTLE: *Das Gemeinshaftunternehmen...*, *op. cit.*, pág. 97.

[182] *Vid.* A. KASSIS: *Le nouveau droit...*, *op. cit.*, pág. 512.

venture, a título de ley más previsible para las partes[183]. En línea general, hemos de compartir la posibilidad de erigir a la ley del país de la sede de la sociedad *joint venture* como ley más estrechamente vinculada. Cuando se trate de un contrato de *joint venture* concluido entre dos sociedades de nacionalidad distinta y a la vez diversa respecto a la que corresponde a la sociedad común, la previsibilidad de las partes respecto a la aplicación de la ley de la sede de la sociedad común, como lugar en el que tienen lugar, en todo caso, las tareas principales de ejecución del contrato, debe considerarse normalmente alta. Normalmente es en este lugar donde se organiza la explotación conjunta de la actividad, llevándose a cabo el objetivo de la cooperación[184]. Este Derecho podría responder a las expectativas de las partes en la medida en que las principales tareas de ejecución del contrato tendrán lugar en este país. No sería inconveniente que la sociedad *joint venture* aún no se haya constituido, pues este Derecho vendría llamado a título de Derecho del lugar de ejecución del contrato. Cuando el lugar de ejecución de la mayoría o de la totalidad de las prestaciones de los participantes señalan un mismo Derecho, el de la sede de la sociedad *joint venture*, podría juzgarse este criterio apropiado como criterio de cierre. Esta solución posee la ventaja de la previsibilidad y de la practicabilidad[185]. Aunque con cierto escepticismo, esta era también la solución acogida por K.

---

[183] *Vid.* K. ZWEIGERT y B. VON HOFFMANN: "Zur internationalen *joint venture*", *cit.*, págs. 207-208; C.Th. EBENROTH: "Nach Art. 10", *cit.*, pág. 560; B. WORTMANN: *Durchgriffshaftung...*, *op. cit.*, pág. 97. Señalando que el índice determinante para precisar el país más vinculado con el contrato base será el lugar donde se fije la sede de la sociedad creada, *vid.* P.A.DE MIGUEL ASENSIO: *Contratos internacionales...*, *op. cit.*, pág. 295. La aplicación de la ley de la sociedad *joint venture*, como ley del lugar de ejecución, es también la solución propuesta por A.L. MALATESTA, cuando resulte incierta la determinación de la prestación característica, dado el vínculo estrecho que supone que la operación económica se desarrolle principalmente en este país (*vid.* A.L. MALATESTA: "La legge applicabile...", *cit.*, págs. 176-178).

[184] Podría pensarse en una *joint venture* con pluralidad de participantes de distinta procedencia estatal, donde no quepa apreciar una divergencia en las prestaciones de los participantes, ninguno de ellos asuma especiales tareas de gestión y ninguno tampoco tenga su sede en el Estado de la sociedad *joint venture*.

[185] M. OERTLE: *Das Gemeinshaftunternehmen...*, *op. cit.*, pág. 97.

Zweigert y B. von Hoffmann[186] para aquellos casos de *joint venture* creadas por participantes de distinta procedencia en un tercer Estado.

No obstante, el Derecho de la sede de la sociedad *joint venture* puede no ser en todos los casos el Derecho más estrechamente vinculado, dado que, en ocasiones una expectativa objetiva de las partes, que sea suficientemente manifiesta, resultará pertinente para provocar el desplazamiento de este Derecho. En efecto, como tuvimos ocasión de analizar más arriba, a veces las expectativas subjetivas de la partes, siempre que puedan ser objetivadas, pueden contribuir al desplazamiento de un Derecho que, aunque en principio pueda estimarse más previsible para las partes, a la vista de su caracterización o contenido escasamente engarza con las expectativas de las partes en relación a la conexión objetiva. En esta perspectiva se ha puesto de relieve que, la consideración de este Derecho como conexión de cierre en todos los casos puede determinar resultados inapropiados. Piénsese en el caso de un contrato de *joint venture* celebrado entre una sociedad española y otra suiza cuyo objeto es la constitución de una sociedad común en Malasia a fin de aprovechar los bajos costes salariales de que goza este país. A pesar de ser el Derecho de Malasia el que corresponde al país de la sede de la sociedad *joint venture*, no parecería razonable afirmar que las partes esperan la aplicación de este Derecho[187]. Antes de acudir a este criterio convendría indagar si otros determinan la aplicación de un Derecho más cercano, aunque sea de un tercer país. En este cometido pueden tener valor criterios de conexión no específicos para los contratos de *joint venture*.

---

[186] K. ZWEIGERT y B. VON HOFFMANN: "Zur internationales *joint venture*", *cit.*, pág. 209.

[187] *Vid.* B. WORTMANN: *Durchgriffshaftung im joint venture*, pág. 97; M. OERTLE: *Das Gemeinshaftunternehmen...*, *op. cit.*, pág. 97; B. GROßFELD en *J. von STAUDINGERS Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche, IPR, Internationales Gesellschaftsrecht*, 13. Auf., 1993, pág. 187.

6. Otros criterios

Los criterios de conexión enumerados no impiden el juego, sobre todo en los casos difíciles, de otros criterios o indicios generales en relación al Derecho aplicable como, por ejemplo, las cláusulas de jurisdicción o de arbitraje, las referencias a un Derecho, el lugar de celebración, la moneda de pago, ele idioma empleado, etc. Algunos de estos criterios (cláusula de jurisdicción, cláusula compromisoria, referencias a disposiciones de un ordenamiento) podrían expresar más bien una elección tácita de ley aplicable. Pues bien, cuando de los mismos no quepa apreciar la existencia de una elección tácita de ley aplicable, y a pesar de que la eficacia de estos criterios ha quedado relativizada con carácter general[188], su valor localizador en relación a los contratos de *joint venture* no podría descartarse, sobre todo en los casos más difíciles. Otros índices, como la intervención de un fedatario público para el otorgamiento del contrato, podría servir como indicio de que se aplica el Derecho de esta autoridad[189]. De otro lado, cuando uno de los contratantes es un Estado, y pese a que el Convenio no contempla expresamente esta hipótesis, la doctrina afirma la posibilidad de considerar a la ley del Estado contratante como la más estrechamente vinculada al contrato[190].

---

[188] *Vid.* F. VISCHER: "Methodologische...", *cit.*, págs. 60-63.

[189] D. MARTINY: "Art. 28", *cit.*, págs. 1564-1565.

[190] F. RIGAUX: "Examen de quelques...", *cit.*, pág. 314. No obstante, en opinión de D. MARTINY, este índice no sería decisivo en los contratos puramente privados y, en todo caso, habría de ser ponderado con otras circunstancias. La jurisprudencia no sigue un criterio uniforme en estos casos (*vid.* D. MARTINY: "Mangels Rechtswahl anzuwendes Recht. Art. 28", *cit.*, págs. 1564-1565).

IV. Fraccionamiento *versus* unidad del régimen contractual de la *equity joint venture*

La presencia en el primer nivel de regulación de la *equity joint venture* de una pluralidad de contratos independientes -acuerdo base, contratos satélites- en nada prejuzga la homogeneidad o heterogeneidad del régimen jurídico que ha de recibir el conjunto contractual en defecto de elección de ley. Junto a la posibilidad de un fraccionamiento voluntario de ley aplicable efectuado por los participantes en la operación, bien en el marco del propio contrato de *joint venture* o bien realizando designaciones distintas para los contratos satélites, se plantea ahora la alternativa de que dispone el juez de fracccionar, de forma objetiva, el nivel de regulación contractual de la *joint venture*. En este examen, y desde la perspectiva de los intereses en presencia, resulta oportuno analizar si un fraccionamiento objetivo de ley aplicable interesa a las partes y, en su caso, en qué medida o con qué límites, toda vez que la posibilidad técnica no resulta difícil de instalar en las soluciones flexibles que incorpora el Convenio de Roma. En relación con esta temática, en la actualidad se advierte en la doctrina una clara inclinación favorable a la idea de dotar a los conjuntos contractuales complejos, entre los que se inserta la *joint venture*, de un régimen jurídico homogéneo, alternativa de regulación que coordinaría mejor con el análisis de los intereses en presencia. A continuación intentaremos desbrozar si, y en qué medida, esas afirmaciones de carácter general deben encontrar predicamento en el nivel de regulación contractual de la *joint venture*. Conviene, antes, justificar el modo en que trataremos la cuestión. La posibilidad de someter a un régimen jurídico homogéneo el nivel contractual de la *joint venture* en defecto de elección de ley, constituye una cuestión que ha de afrontarse desde dos perspectivas distintas. De un lado, el tema surge en el ámbito estricto del contrato de *joint venture*, habida cuenetaa que su carácter complejo, y la variada gama de regulaciones que incorpora

a su contenido, puede legitimar un fraccionamiento objetivo de este contrato, tratándose en esta situación de un verdadero *dépeçage*; de otro, sin embargo, la cuestión se presenta también en el nivel del conjunto contractual formado por el contrato de base y los acuerdos satélites, dada la posibilidad de estimar también como fraccionamiento el sometimiento de los distintos contratos que forman la unidad funcional de la operación a distintos regímenes jurídicos a través del juego de las conexiones objetivas[191]. Si bien las técnicas que conducen a la unidad de régimen jurídico en uno y otro caso son diametralmente diferentes[192], desde la perspectiva de la necesidad de dar un adecuado tratamiento a ambas situaciones, y en atención a la coincidencia básica del análisis de los intereses en presencia, los criterios que sean determinantes del fraccionamiento objetivo del contrato de *joint venture* no habrán de resultar lejanos a los que deberían conducir a la adopción de regulaciones separadas para los diferentes contratos satélites. Por esta razón, resulta conveniente abordar el tema de la homogeneidad o heterogeneidad del régimen jurídico de la *joint venture* de forma conjunta para ambas situaciones[193].

---

[191] En principio, los contratos satélites constituyen normalmente contratos típicos (*ad. ex.* licencia de patente, suministro de materias primas) por lo que no será difícil identificar en ellos una prestación característica desde la que poder seleccionar el Derecho aplicable.

[192] Mientras en el primer caso la unidad de régimen jurídico del acuerdo base se produce mediante la marginación de la posibilidad de fraccionamiento objetivo prevista por el artículo 4.1 *in fine* del Convenio de Roma, en el segundo, la posibilidad de someter los contratos satélites a un régimen homogéneo sólo puede operar actuando una conexión accesoria, para lo cual en el sistema del Convenio de Roma no habría más posibilidad que desplazar al Derecho identificado mediante la presunción del artículo 4.2 CR, en razón de la existencia de una vinculación más estrecha del contrato con otra ley, utilizando para ello la cláusula de excepción contenida en el apartado 5 de dicho artículo.

[193] En este sentido, y aunque la conexión separada de los distintos contratos de un conjunto contractual complejo no es en términos estrictos un caso de *dépeçage*, la doctrina ha puesto de relieve que la analogía existente entre una y otra técnica, autorizaría la posibilidad de considerar en la actuación de la conexión accesoria a los principios dogmáticos útiles para acordar un verdadero fraccionamiento. A pesar de conducir a resultados opuestos, la conexión accesoria y el *dépeçage* no estarían en contradicción, siendo sólo técnicas complementarias al servicio de la satisfacción de los intereses en presencia, sin que exista, pues, una primacía natural de uno de los métodos (*vid.* Ch. VON DER SEIPEN: *Akzessorische Anknüpfung..., op. cit.*, págs. 71-82; P.A. DE MIGUEL ASENSIO: *Contratos internacionales..., op. cit.*, pág. 260). No obstante, lo afirmado no prejuzga que, del hecho fáctico de la separación material de un elemento negocial a través de un contrato

1. Estado de la cuestión en la doctrina: la tesis de la conexión accesoria

La posibilidad de someter a diversos regímenes jurídicos la regulación de los contratos íntimamente vinculados en una operación compleja y destinada a un objetivo económico unitario, ha suscitado tradicionalmente recelos en la doctrina que, por el contrario, se muestra proclive a la articulación de mecanismos que permitan someter el conjunto contractual a un régimen jurídico homogéneo, al considerarse ésta como la solución más adecuada al problema de ley aplicable[194]. Y por sus especiales características, la homogeneidad de régimen jurídico ha sido afirmada de forma específica como la única alternativa de regulación válida en el ámbito de los

---

satélite, no puedan extraerse indicios favorables a la existencia del interés de los participantes en el sometimiento de esa parte de la estructura contractual a un régimen jurídico distinto.

[194] *Vid.* E. JAYME: "Kollisionsrechtliche Techniken für Langzeitverträge mit Auslandsberührung", *Der Komplexe Langzeitvertrag. Strukturen und internationale Schiedsgerichtsbarkeit*, Heidelberg Kolloquium Technologie und Recht, 1986, Heidelberg, 1987, págs. 311-318; E. JAYME: "Komplexe Langzeitverträge und Internationales Privatrecht", *IPRax*, 7, 1987, págs. 63-64; H. BATIFFOL y P. LAGARDE: *Droit international privé*, tomo II, 7ª ed., París, LGDJ, 1983, págs. 300-301. Posibilidad que, no sin cautelas, también apunta el profesor D. MARTINY: "Mangels Rechtswahl anzuwendes Recht. Art. 28", *cit.*, págs. 1567-1568. En relación con los acuerdos de tecnología, *vid.* J.D. GONZÁLEZ CAMPOS: "Nota a las Sentencias TS de 28 de junio de 1973 y 1 de octubre de 1973", *REDI*, XXIX, 1976, págs. 206-214; P.A.DE MIGUEL ASENSIO: *Contratos internacionales...*, *op. cit.*, págs. 261-262, y específicamente para el ámbito de la *joint venture vid.* págs. 295-296. La conexión accesoria comportaría la posibilidad de someter un supuesto de la realidad a un único Derecho *(ein Lebensverhältnis sollte einheitlich angeüpft werden)*, lo que favorecería la armonía interna de soluciones. En este sentido (*vid.* K. KREUZER: "Know-how-Verträge...", *cit.*, pág. 719). La inclinación por someter la operación de *joint venture* a un régimen jurídico unitario ha determinado, incluso, que se eleve a nivel de presunción la unidad de régimen jurídico de la operación y a que, desde esta perspectiva, se indique la conveniencia de alterar el proceso de determinación de la aplicable a estos contratos, afirmándose la conveniencia de afrontar la determinación objetiva de la ley aplicable al entramado contractual de la *joint venture* de forma global y única para el conjunto de los contratos en presencia, a través de una única operación intelectiva. Sólo en un segundo momento habría de decidirse sobre las distintas conexiones especiales de los diferentes contratos (*vid.* L. HUBER: *Das Joint-Venture...*, *op. cit.*, págs. 98-99). Para una valoración de esta tesis, *vid. supra* Capítulo Segundo, III, 1.

llamados *contratos complejos de larga duración*[195], entre los que se inserta el nivel de regulación contractual de la *joint venture*. La conveniencia de esta unidad de régimen se mantiene tanto desde una perspectiva general como de otra particular específica de estos contratos. Desde la primera, la unidad de régimen jurídico excluiría las contradicciones normativas y los problemas de adaptación que podrían surgir cuando se aplican varios Ordenamientos a un único proceso económico, subrayándose especialmente las consecuencias negativas que llevaría aparejada la aplicación de diversas leyes como *leges contractus*, habida cuenta del alcance general atribuido a esta ley[196]. Y desde la segunda, se insiste en que el recurso a un estatuto contractual unitario se adecua mejor a las expectativas y a los intereses de las partes en los contratos complejos de larga duración, toda vez que, a la vista de la estrecha cooperación que instauran entre los contratantes y de la extensión temporal del vínculo, la insistencia en la localización autónoma de estos acuerdos pondría en serio aprieto la consecución del objetivo perseguido. La íntima dependencica económica del conjunto obligacional y la necesidad de una mutua colaboración que caracterizan a los contratos complejos de larga duración, reclamarían que un mismo sistema jurídico sirviera de referencia para la solución de las controversias, como vía más adecuada para hacer posible la previsibilidad económica y la seguridad jurídica.

Desde esta perspectiva se ha defendido la conveniencia de actuar una

---

[195] Bajo la coordinación de F. NICKLISCH, fue en un Coloquio celebrado en Heidelberg en 1986 donde se acuñó la denominación "contratos complejos de larga duración" (*Komplexe Langzeitverträge*) para aludir a un grupo heterogéneo de acuerdos, caracterizados por incorporar una pluralidad de transacciones destinadas a hacer posible la ejecución de un proyecto empresarial conjunto -normalmente en el campo tecnológico- durante un extenso periodo de tiempo. Sobre la caracterización de estos contratos, *vid. supra* Capítulo Segundo, I, 2. Y proponiendo este régimen unificado, *vid.* E. JAYME: "Komplexe Langzeitverträge..., *cit.*, págs. 63-64.

[196] E. JAYME: "BOT-Projekte: Probleme der Rechtswahl", *cit.*, págs. 67 y 71; P.A. DE MIGUEL ASENSIO: *Contratos internacionales..., op. cit.*, pág. 262.

conexión accesoria[197], de modo que el Derecho aplicable al contrato principal *debería también valer para todos los acuerdos cuyo fundamento sea la misma operación económica*, posibilidad cuya actuación técnica en el ámbito de las soluciones del CR, en concreto del inciso primero del artículo 4.5, ha sido ya afirmada[198]. Por otra

---

[197] Por conexión accesoria debe entenderse la determinación del Derecho aplicable a una relación jurídica con elemento extranjero por referencia al Derecho que resulta de aplicación a otra relación jurídica establecida con anterioridad. La conveniencia de actuar una conexión accesoria en estos casos fue propuesta por E. JAYME: "Kollisionsrechtliche Techniken...", *cit.*, 311-318; *id:* "Komplexe Langzeitverträge...", *cit.*, págs. 63-64; E. JAYME: "BOT-Projekte: Probleme der Rechtswahl", *cit.*, pág. 66. Una detenida valoración de las implicaciones materiales de la conexión accesoria, valorando los diversos intereses de las partes favorables a la unidad de régimen jurídico, puede verse en Ch. VON DER SEIPEN: *Akzessorische Anknüpfung...*, *op. cit.*, págs. 163-215. Asimismo, el autor propone una regla para la conexión accesoria, que ordene el sometimiento de los contratos conectados en una unidad funcional a la ley aplicable al contrato principal (*ibid*, pág. 319), en el sentido del § 45 de la ley austriaca de DIPr.

[198] Las posibilidades para la obtención de un régimen jurídico unitario desde las soluciones del Convenio de Roma y para la actuación de la conexión accesoria han sido analizadas con detenimiento por Ch. VON DER SEIPEN: *Akzessorische Anknüpfung...*, *op. cit.*, págs 141-158. Según el autor, básicamente podrían presentarse dos situaciones. En primer término, siempre que no sea posible identificar una prestación característica en el contrato y por tanto no pueda actuarse la regla del artículo 4.2 CR, será más fácil ponderar en el ámbito del artículo 4.1 CR que un contrato está vinculado económicamente con otros. Por el contrario, cuando intervenga la presunción, lo que ocurrirá frecuentemente en el caso de los contratos satélites, surgiría la necesidad de determinar los casos en que puede prevalecer la conexión accesoria sobre la presunción, acordándose ésta cuando el centro de gravedad (*Schwerpunkt)* de la articulación contractual compleja se sitúe en un único ordenamiento jurídico, lo que exige comprobar que los vínculos con el ordenamiento identificado a través de la prestación característica del contrato son menos estrechos que los averiguados en el centro de gravedad común. También *vid.* P. DE MIGUEL ASENSIO: *Contratos internacionales...*, *op. cit.*, pág. 263, para quien "la flexibilidad limitada propia del sistema de determinación objetiva de la ley aplicable instaurado en el CR -en concreto el papel atribuido al criterio de los vínculos más estrechos- abre la posibilidad de introducir en la determinación del ordenamiento aplicable consideraciones derivadas de la conveniencia de dotar de una localización unitaria a un conjunto de diversas relaciones obligatorias, caracterizadas por constituir una unidad económica y funcional (a diferencia de lo que ocurre en los sistemas que emplean exclusivamente criterios rígidos en la materia)". En relación con estas reflexiones la versión alemana del texto del artículo 4.5 CR (*...wenn sich aus der* Gesamtheit *der Umstände ergibt, dass der Vertrag engere Verbindungen mit einen anderen Staat aufweist)* ha provocado cierta polémica en torno al sentido que haya de atribuirse al precepto, defendiéndose distintos alcances del precepto en relación con su virtud para desplazar a la ley del prestador característico. Por una parte, se defiende que el desplazamiento sólo podría actuar si la *totalidad* de las circunstancias indican a un único ordenamiento. En este sentido J.C. SCHULTSZ: "The Concept of Characteristic..." *cit.*, pág. 187, afirma que la cláusula de excepción sólo sería operativa cuando todos los factores relevantes, al margen obviamente de los contemplados en el párrafo 2, indican a un mismo ordenamiento. Frente a esta posición, Ch. VON DER SEIPEN: *ibid*, págs. 145-146, afirma que la literalidad del texto no aconsejaría una interpretación estricta que exija la localización en un único ordenamiento de la *totalidad* de las circunstancias, siendo suficiente que el conjunto de las circunstancias (*Gesamtheit*) indique a este ordenamiento. Otra interpretación supondría limitar

parte, se sugiere también la posibilidad de alcanzar el régimen jurídico unitario de la operación considerando la existencia de elección tácita de ley aplicable, cauce que podría así conducir a idéntico resultado que la conexión accesoria[199].

Con todo, desde la perspectiva de la práctica concreta del comercio internacional, la afirmación de una conexión accesoria para los contratos complejos de larga duración no ha dejado de suscitar bastantes recelos, tal y como tuvieron oportunidad de afirmarse en el Coloquio sobre tecnología y Derecho celebrado en Heidelberg, en el que, a la postre, la tesis de la conexión accesoria no resultó avalada por un nutrido grupo de ponentes. Frente a la operatividad general que se afirmó para la conexión accesoria, pronto se revelaron las deficiencias que podría generar en concretos casos y a la vista de las circunstancias. A veces, por ejemplo, una empresa de un país occidental concierta con un Estado extranjero -normalmente un país en vías de desarrollo- la ejecución de una obra, subcontratando parte del trabajo con otra empresa de su país, casos en los que la adjudicación de la obra suele quedar condicionada a la aplicación de la ley del país en el que se realizará la misma. Esta designación forzada del Derecho aplicable se mostraría poco apropiada

---

notablemente el ámbito de aplicación del artículo 4.5 CR, cuya actuación quedaría condicionada a la inexistencia de circunstancias que indiquen a otro ordenamiento. Esta es, por lo demás, la solución que responde a la literalidad de las versiones del Covenio en otras lenguas, entre ellas la nuestra.

[199] *Vid.* E. JAYME: "Kollisionsrechtliche Techniken...", *cit.*, pág. 313; L. HUBER: *Das Joint-Venture...*, *op. cit.*, pág. 85, autor que sin embargo pone de relieve cómo, a diferencia de la conexión accesoria, la elección tácita de ley aplicable podría ser también el fundamento metodológico para una conexión separada. También *vid.* P.A. DE MIGUEL ASENSIO: *Contratos internacionales*, *op. cit.*, pág. 265, para quien "en supuestos en los que la transmisión de derechos de propiedad industrial tiene lugar en un contrato complementario del contrato base tendente al establecimiento de una *joint venture*, si el contrato base incluye una cláusula de elección de ley aplicable y el contrato de cesión o licencia guarda silencio sobre el particular, queda abierta la posibilidad de interpretar que de los términos del contrato o de las circunstancias del caso resulta de manera cierta -como exige el artículo 3.1 CR- que las partes eligieron para el contrato de cesión o licencia también la ley seleccionada en el contrato de *joint venture*". No obstante como aclara el autor, el empleo de la técnica de la conexión accesoria y el recurso a la elección tácita de la ley aplicable son mecanismos radicalmente distintos: a diferencia de lo que ocurre en el marco de la conexión accesoria, en el segundo es determinante la interpretación de la voluntad de las partes expresada a través de ciertos índices que permitan inferirla.

para la actuación de la conexión accesoria, máxime cuando el subcontratista es de la misma nacionalidad que el adjudicatario de la obra. Asimismo, se afirmó que, a la vista de la variedad de tipos de contratos que engloba una operación compleja, el *dépeçage* objetivo podría ser un mecanismo que permitiría alcanzar soluciones razonables en ciertos casos. Por último, a veces el *dépeçage* habría de imponerse desde la óptica del equilibrio contractual entre las partes puesto que, cuando no se elige ningún Derecho neutral, podría existir cierta conveniencia en aplicar los Derechos de las dos partes del contrato[200].

2. Necesidad de un análisis desde la consideración de los intereses en presencia

Del debate ocasionado en este tema a nuestro juicio es preciso subrayar varias ideas. Parece claro, en primer término, que el interés a tener en cuenta a la hora de actuar estas posibilidades de regulación es única y exclusivamente el de las partes, intereses que deberán servir como única guía, por tanto, que oriente la tarea del intérprete[201]. Planteado como un problema de valoración de los intereses de las partes, convendría advertir dos elementos que pueden incidir sobre el examen. De un lado, se ha afirmado que la unidad de régimen jurídico garantiza la calculabilidad

---

[200] Estos y otro ejemplos de la práctica pueden verse en E. JAYME: "Komplexe Langzeitverträge...", *cit.*, págs. 63-64.

[201] En efecto, más allá de la unidad o pluralidad contractual, aparece claro que el fraccionamiento de un supuesto de la realidad, sea fraccionamiento propio o impropio, no puede ser considerado como un fin en sí mismo, por lo que ha de discutirse su legitimación material, especialmente cuando la escisión de la operación en varios contratos puede responder a razones de relevancia desde la perspectiva conflictual, como puede suceder en el instituto que analizamos (*vid.* Ch. VON DER SEIPEN: *Akzessorische Anknüpfung...*, *op. cit.*, págs. 71-82). De otro lado, indicando el alcance sustancial de la regla de excepción, *vid.* S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ: "Objeto del Derecho internacional privado...", *cit.*, pág. 1131.

del resultado material y responde a los intereses de las partes. Según esta idea, la seguridad material sólo podría ser garantizada plenamente cuando los participantes pueden preveer qué obligaciones concretas tienen que cumplir y a qué exigencias se les puede someter, por lo que parecería vislumbrarse un interés abstracto de las partes a favor de la unidad de régimen jurídico[202]. Y de otro, la conexión accesoria podría coadyuvar a dar relevancia a las expectativas de DIPr. de las partes cuando éstas no deban contar con la aplicación de varios Derechos, a pesar de que la remisión de la norma de conflicto conduce a este resultado formal[203]. A la luz de esa doble idea, parecería surgir un mandato claro en el sentido de establecer el carácter restrictivo con el que ha de acordarse todo fraccionamiento que no conjure los peligros de lagunas de regulación (*Normenmangel)* o de acumulación de normas (*Normenhäufung)*, dada la merma en la seguridad jurídica que produce. Sin embargo, esta circunstancia no habría de ser determinante para descartar la posibilidad de fraccionamiento del conjunto negocial. Como dato que puede orientar la interpretación en este punto, habría que advertir que la posibilidad de estos riesgos no ha impedido al legislador convencional contemplar con gran amplitud la posibilidad del fraccionamiento voluntario del contrato. En este sentido, otras técnicas del DIPr, como la adaptación, tienen por objeto armonizar las disposiciones materiales de los Derechos aplicables en presencia.

Frente a este planteamiento, es preciso insistir en la idea de que el análisis de intereses no puede realizarse de forma abstracta, o al menos no de una forma tan abstracta como la propuesta por algunos autores toda vez que la realidad, y lo

---

[202] Desde esta perspectiva, el interés en la aplicación de un único ordenamiento sería de un triple carácter: el interés en la consistencia (*Konsistenziinteresse)*, el interés en la continuidad (*Kontinuitätsinteresse)* y el interés de la vinculación o conexidad (*Sachzusammenhangsinteresse).* Clarificando las exigencias de cada uno de estos intereses, *vid.* Ch. VON DER SEIPEN: *Akzessorische Anknüpfung..., op. cit.*, págs. 194 y ss.

[203] Ch. VON DER SEIPEN: *Akzessorische Anknüpfung..., op. cit.*, págs. 67-69.

muestran los ejemplos que se han indicado un poco más arriba, proporciona una riqueza de situaciones que podrían enseguida conducir a la necesidad de exceptuar las reglas creadas en atención a los intereses en presencia. En esta situación, debe ser tarea del intérprete descender a la práctica para comprobar las concretas necesidades que aparecen en cada caso y elaborar de este modo reglas que permitan introducir seguridad jurídica a este complejo marco de relaciones[204]. La pluralidad y heterogeneidad de las situaciones, y la posibilidad de que la ponderación de los intereses pueda variar de unos casos a otros podrían impedir seguir con el análisis. A efectos de la investigación, más importante que la descripción de los intereses sería la identificación de las circunstancias de las que se puede deducir la existencia de unos u otros y su distinta ponderación[205].

3. El fraccionamiento objetivo de ley aplicable en la *equity joint venture*

Para la valoración de las posibilidades de fraccionamiento objetivo en las

---

[204] Aunque no podamos compartir los resultados generales que alcanza, cabría afirmar con Ch. VON DER SEIPEN que el postulado de la unidad de régimen jurídico, como aquél del fraccionamiento, debe demostrarse, dado que tal máxima podría desconocer los intereses de las partes e incluso ocultar los valores que subyacen a una conexión unitaria (Ch. VON DER SEIPEN: *Akzessorische Anknüpfung...*, *op. cit.*, pág. 37).

[205] Relacionado con este tema se encuentra la posibilidad de construir *grupos de casos* en la regla del artículo 4.5 CR a efectos de actuar la conexión accesoria. En concreto, se ha cuestionado si es posible la construcción de *subrreglas* a partir de la cláusula de excepción. *Vid.* Ch. VON DER SEIPEN: *Akzessorische Anknüpfung...*, *op. cit.*, págs. 152-155. Suele decirse que el párrafo 5 del artículo 4 CR permitiría un apartamiento de las presunciones sólo en el caso concreto y ocasionalmente también que no debería excluirse *a priori* la construcción de tipos en el ámbito de la norma, posición que parece seguir E. JAYME. Para Ch. VON DER SEIPEN, por el contrario, es posible establecer tales grupos de casos. Según el autor ha de partirse de la relación de la cláusula de excepción con la regla general (en este caso las presunciones). La cláusula de excepción representa el intento de profundizar en la regla básica de los vínculos más estrechos no impidiendo la posibilidad de que los casos de excepción concretos puedan ser reconducidos a grupos de casos. Por otra parte la construcción de grupos de casos tendría diversas ventajas en cuanto introduciría mayor seguridad jurídica en el sistema, permitiría desarrollar la codificación del sistema completando con desarrollos ulteriores la regla de la prestación característica a partir de reglas especiales para grupos de casos y permitiría establecer los criterios pertinentes para grupos de casos, permitiendo guiar la interpretación.

operaciones de *joint venture*, hay que tener en cuenta la peculiaridad de las relaciones que instara la *joint venture* entre los participantes. En efecto, la *joint venture* genera entre ellos una relación genérica de cooperación dentro de la cual, sin embargo, las relaciones concretas manifiestan grados de vinculación distinta con la unidad funcional de la operación, lo que puede expresarse gráficamente a través de círculos concéntricos en torno al núcleo de la cooperación[206]. De este modo, en la red de contratos alrededor de la sociedad común que instaura la *joint venture*, aparecen, junto al núcleo de los compromisos de cada participante establecido con carácter obligatorio en el acuerdo base -núcleo de la cooperación-, contratos en los que, simplemente, los participantes suministran o compran a la *joint venture* de modo parecido a como podría hacerlo un tercero, no obstante, otorgando cierto trato de favor a la sociedad *joint venture*. Se trata por tanto de contratos que no penetran en la unidad funcional de la operación siendo sólo facultativos, contratos que se aproximan al esquema de los acuerdos sinalagmáticos. Esta circunstancia no podrá dejar de tenerse en cuenta a la hora de determinar el régimen jurídico de cada contrato. Partiendo de estas ideas, las diferentes situaciones que aparecen dentro de una operación de *joint venture* pueden merecer tratamientos distintos. En primer término, las posibilidades de acordar una conexión accesoria para los contratos satélites y determinar la aplicación a éstos de la ley aplicable al acuerdo base podrá depender, entre otros criterios, del tipo de relación que se instala entre unos y otros contratos. Por ejemplo, como acaba de señalarse, algunos contratos satélites escasamente forman parte de la unidad funcional de la operación. Ello ocurre con los contratos satélites *facultativos*, que pueden llegar a formalizarse o no según las situaciones (*ad. ex.* contratos de préstamo, contratos de suministro no previstos en el acuerdo inicial que no se incluyen en la cooperación, etc). La desvinculación funcional de estos contratos en relación con la operación de *joint venture* determina

---

[206] *Vid. supra* Capítulo Segundo, III, 2.

que no se susciten en estos casos los problemas típicos de la pluralidad de leyes en presencia. Si a ello unimos la existencia de una expectativa razonable de una de los participantes en la aplicación de su propio Derecho, a nuestro juicio no sería oportuno actuar en estas situaciones una conexión accesoria. Tampoco parece apropiado someter a la ley aplicable al acuerdo base aquellos contratos celebrados por la sociedad común con una de las sociedades participantes con anterioridad a la creación de la *joint venture*, lo que puede ocurrir cuando a través de la *joint venture* los participantes ponen en común un sector de actividad completo en el que antes cooperaban. Tampoco parece apropiado someter al Derecho aplicable al acuerdo base los contratos satélites a través de los que una sociedad participante adquiera determinada producción de la sociedad común. En estos casos, la aplicación del Derecho de la sociedad *joint venture*, como prestador característico, puede ser mucho más apropiada. Estos contratos claramente quedan al margen de la etapa funcional y operacional de la *joint venture* y se sitúan más cerca de las relaciones de cambio. La posibilidad de dotar a estos contratos de un régimen jurídico separado no viene dificultada por el hecho de que aparezcan contemplados en el acuerdo base de *joint venture*, pudiendo actuarse en estos casos un fraccionamiento objetivo por la vía del artículo 4.1 *in fine* CR.

Otras veces, la determinación de un régimen separado puede derivar de la existencia de especiales intereses en la aplicación del Derecho de un participante, cuando el Derecho aplicable al acuerdo base es, por ejemplo, el de la empresa estatal que forma parte de la *joint venture*. Ello ocurrirá, especialmente, cuando la ley aplicable al acuerdo base no haya podido ser negociada en atención a la existencia de una limitación legal a la autonomía conflictual dictada por la normativa estatal, o cuando, a pesar de la inexistencia de una limitación legal, el Estado, de hecho, no

admita la aplicación de otra ley[207]. En relación al resto de los contratos satélites que penetran en la unidad funcional, será preciso decidir si se dan los inconvenientes de fricciones y desajustes que hacen inapropiado la aplicación de distintas leyes a los contratos, y en todo caso habrá que estar al examen de los intereses de las partes. Como regla, aquella prestación que no se haya tenido en cuenta para la determinación del Derecho aplicable y que sea relevante podría ser objeto de un fraccionamiento objetivo.

---

[207] Como indica B. **WORTMANN**, a pesar de las ventajas que pretenden extraerse de la conexión accesoria, la cláusula de excepción del artículo 4.5 CR no debería conducir a ningún tipo de automatismo. Si, por ejemplo, una empresa extranjera, admite después de largas negociaciones la aplicación del Derecho del país de la sociedad estatal al contrato de *joint venture*, no irá en su interés someter también un concreto acuerdo satélite a este Derecho. Y ello en la medida en que este Derecho no está suficientemente desarrollado para proporcionar disposiciones apropiadas para la solución de los más difíciles problemas contractuales (B. **WORTMANN**: *Durchgriffshaftung...*, *op. cit.*, págs. 99-100).

Capítulo Quinto

DERECHO APLICABLE AL ACUERDO BASE DE *JOINT VENTURE* CON PERSONALIDAD JURÍDICA

I. INTRODUCCIÓN

La imposibilidad de descartar una estructuración externa del acuerdo base de *joint venture* hace obligado analizar el tratamiento que esta clase de contrato merece en DIPr, régimen en el que habrá que considerar el artículo 9.11 Cc, norma de conflicto general que arbitra nuestro ordenamiento en materia de personas jurídicas y sociedades, y a la que habrá que acudir para conocer el estatuto personal del acuerdo base de *joint venture* con personalidad jurídica. Ahora bien, conforme a la interpretación que se ha defendido del apartado 1.2 e) CR, del ámbito de esta norma de conflicto habría que escindir todos aquellos aspectos contractuales, de relevancia puramente interna, cuya regulación no afecta al tráfico jurídico ni a la posición jurídica del tercero, lo que determina que su régimen no escape a las soluciones uniformes del Convenio de Roma[191]. A la vista de esta escisión básica entre relaciones con relevancia externa y relaciones internas, la determinación del régimen de este tipo de acuerdo base de *joint venture* habrá de completarse, en segundo término, con la delimitación de los ámbitos de vigencia respectivos de los estatutos contractual y societario. Seguidamente examinaremos las especialidades que suscita el régimen de oponibilidad de los pactos sociales y del estatuto social en este ámbito, así como el notable interés que, desde la perspectiva de la construcción jurídica de la *joint venture*, tiene para los participantes en la operación el sometimiento de variados aspectos del contrato al Convenio de Roma.

---

[191] *Vid. supra* Capítulo Tercero, I.

II. *NACIONALIDAD* DEL ACUERDO BASE DE *JOINT VENTURE* CON PERSONALIDAD JURÍDICA

1. Criterio general para la *atribución de nacionalidad* a las personas jurídicas en DIPr. español

La norma de base en nuestro sistema de DIPr. para la determinación de la ley aplicable a las personas jurídicas es el artículo 9.11 Cc, que adopta como punto de conexión el criterio de la *nacionalidad*[192]. Sin embargo, el precepto no establece los

---

[192] Según su tenor, "las personas jurídicas se regirán por la ley de su nacionalidad". El debate en torno a la posibilidad de que las sociedades pudiesen tener una verdadera *nacionalidad* ha suscitado vivas polémicas en el pasado, que sin embargo hoy deben entenderse superadas al advertirse que en relación con ellas, como con las personas jurídicas en general, sólo se habla de nacionalidad en sentido impropio y analógico, sin las connotaciones jurídico/políticas que denota este vínculo cuando se predica de las personas físicas. Desde una perspectiva actual, *nacionalidad y estatuto personal de los entes jurídicos serían expresiones sinónimas. (vid.* A.L. CALVO CARAVACA: "Comentario al art. 9.11 Cc.", *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, tom. I, vol 2º, 2ª edic, Madrid, Edersa, 1995, pág. 482). Ello no significa que la utilización del criterio de la nacionalidad en relación a las personas jurídicas no haya sido criticado tanto desde posiciones dogmáticas como de carácter técnico. En este último sentido, que interesaría especialmente, se ha afirmado la inconsistencia del planteamiento seguido por el artículo 9.11 Cc cuando sitúa a la nacionalidad como *prius* respecto al estatuto personal siendo que, al contrario, la determinación del estatuto que rige la constitución ha de ser lógicamente previa a la atribución de nacionalidad al ente constituido, habida cuenta de que la nacionalidad presupondría la existencia de aquél *(vid.* R. ARENAS GARCÍA: "La *lex societatis* en el Derecho de las sociedades internacionales", *DN,* Año 7, núm. 70-71, 1996, pág. 12). Criticando la utilización de la conexión *nacionalidad* como criterio de determinación del estatuto de la sociedad, y poniendo como ejemplo el artículo 9.11 del Cc español, *vid.* M. KELLER y K. SIEHR: *Allgemeine Lehren des internationalen Privatrechts*, Zurich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1986, págs. 327-328. A juicio de los autores, este concepto sería inútil para las sociedades fuera del ámbito del Derecho público y del Derecho internacional público, es decir, de las cuestiones de protección diplomática o de aquéllas relacionadas con el patrimonio de las sociedades controladas por personas pertenecientes a un Estado enemigo. Juzgando también inoportuno el empleo del término nacionalidad, *vid.* Ph. REYMOND: "Les personnes morales...", *cit.*, pág. 145. La evolución del Derecho comparado no habría sido ajena a estas ideas y muestra, como tendencia, el abandono de la *nacionalidad* como criterio de conexión en el ámbito del DIPr. de sociedades y su sustitución por técnicas conflictualistas que permiten, directamente, la determinación del estatuto de las sociedades extranjeras (*vid. ad. ex.* artículo 154 de la ley federal suiza de 18 de diciembre de 1987; artículo 25 de la ley italiana de DIPr. de 31 de mayo de 1995, artículo 10 de la ley austriaca de DIPr. de 15 de junio de 1978; artículo 3 del Código de sociedades portugués de 2 de septiembre de 1986). En su lugar, estas legislaciones emplean conexiones que eluden el "giro supérfluo" (*überflüssigen Umweg*) a través de la nacionalidad. *Vid.* G. BEITZKE: Kollisionsrecht von Gesellschaften und juristichen

criterios atributivos de esta cualidad jurídica, que han de ser averiguados, por tanto, a través de otras disposiciones de nuestro propio Ordenamiento. Los criterios que pueden emplearse para atribuir la nacionalidad a las sociedades (para determinar su estatuto personal), son variados[193]. Los más utilizados son el criterio de la sede (*Sitztheorie*), que supone la aplicación de la ley del lugar donde la sociedad tenga su sede real administrativa, y el criterio de la constitución (*Gründungstheorie*)[194], que pone el acento en el hecho de haber sido la entidad inscrita (criterio de la incorporación) o simplemente constituida bajo el imperio de un determinado ordenamiento, con independencia de donde se encuentre el domicilio real[195]. Junto

---

Personen, *Vorschläge und Gutachten zur Reform des deutschen internationalen Personen- und Sachenrechts*, Tubinga, 1972, pág. 97; *id.: Juristiche Personen im Internationalen Privatrecht und Fremdemrecht*, Munich, Berlín, 1938, págs. 36-41. Para una crítica del criterio de conexión de la *nacionalidad* desde la perpectiva de su incompatibilidad eventual con el principio de igualdad de trato en el ámbito del Derecho comunitario, *vid.* S.A. **SÁNCHEZ LORENZO**: "La incidencia del principio comunitario...", *cit.*, en prensa, así como la doctrina alemana allí citada.

[193] Un exhaustivo elenco de los mismos, tanto de los más utilizados en la actualidad como de otros posibles, puede verse en G. **GRASSMANN**: *System des internationalen Gesellschaftsrechts, op. cit.*, págs. 103-113. También *vid.* L. **CAFLISCH**: "La nationalité des sociétés commerciales en droit international privé", *ASDI*, XXIV, 1967, págs. 124-127, quien distingue entre los criterios de nacionalidad *simples* y *complejos*.

[194] Dado que, casi sin excepción, el país de incorporación exige que al menos exista una sede formal estatutaria en este país, el criterio de la sede estatutaria, por regla general, se muestra coincidente con el criterio de la incorporación. *Vid.* F. **VISCHER**: "Bemerkungen zur Aktiengesellschaft...", *cit.*, págs. 52-53; C.Th. **EBENROTH**: "Nach Art. 10", *cit.*, pág. 474; Ph. **REYMOND**: "Les personnes morales et sociétés...", *cit.*, pág. 149. Como prueba de ello en nuestro Ordenamiento, *vid.* los artículos 5 y 6 LSA (Real Decreto Legislativo 1564/1989 de 22 de diciembre por el que aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, ***BOE*** núm. 310, de 27 de diciembre; corrección de errores en ***BOE*** núm. 28, de 1 de febrero de 1990), artículos 6 y 7 de la LSRL (Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad limitada, ***BOE***, núm. 71 de 24 de marzo), artículo 3 de la ley reguladora de las instituciones de inversión colectiva (Ley 46/1984, de 26 de diciembre. ***BOE*** núm 310 de 27 de diciembre) y artículo 3 del Real decreto sobre el régimen jurídico de las entidades de financiación (Real Decreto 896/1977 de 28 de marzo, ***BOE*** núm. 104 de 2 de mayo), todos los cuales exigen la domiciliación española de estas sociedades.

[195] Un resumen certero de las ventajas e inconvenientes de cada uno de estos criterios puede verse en C.Th. **EBENROTH**: "Nach Art. 10", *cit.*, págs. 463-479; G. **GRASSMANN**: *System des internationalen Gesellschaftsrechts, op. cit*, págs. 114-288. Con todo, en puridad, se afirma que el estatuto personal de una persona jurídica es siempre el del Derecho de su creación o incorporación. El criterio de la sede sólo añadiría, a efectos de autorizar el reconocimiento de la sociedad, la exigencia adicional de que la sede administrativa se sitúe en el Estado de constitución. En este sentido, *vid.* P.H. **NEUHAUS**: *Die Grundbegriffe..., op. cit.*, pág. 207, citando a E. **RABEL**:

a ellos, se sitúan también el criterio del centro de explotación, como lugar donde la sociedad desarrolla sus principales actividades mercantiles o industriales, y el criterio del control que supone el recurso a la técnica del levantamiento del velo social para atribuir a la sociedad la nacionalidad de las personas físicas que de forma efectiva detentan su control. En el panorama comparado, entre los países que siguen el criterio de la sede real se cuentan Francia, Bélgica, Alemania y Luxemburgo. El criterio de la constitución es tradicional de Gran Bretaña, Irlanda y Dinamarca. Otros ordenamientos jurídicos, como el Italiano o el portugués, siguen sistemas mixtos.

¿Cuál es el criterio que sigue nuestro Ordenamiento para atribuir la nacionalidad a las personas jurídicas y sociedades? En la actualidad no existe en nuestro Ordenamiento jurídico un único régimen de atribución de nacionalidad a todas las sociedades sino que, por el contrario, parece más bien existir una solución general de la que se han ido desgajando soluciones especiales para ciertas sociedades. En esta óptica, y sin perjuicio de las soluciones especiales establecidas al efecto por los artículos 5 LSA y 6 LSRL, para las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada respectivamente, hoy parece existir cierto consenso en afirmar que el régimen general de atribución de la nacionalidad española a las personas jurídicas es el establecido en el artículo 28 Cc[196], precepto que, a pesar de los profundos cambios

---

Conflict of Laws, a comparative Study, Chicago, tomo 2, 1947, pág. 38, autor que conceptúa a la teoria de la sede como una *variante de la competencia del país de incorporación* característica de los países del *common law*. También *vid.* F. VISCHER: "Bemerkungen zur Aktiengesellschaft...", *cit.*, pág. 53. Indicando que la diferencia fundamental entre la teoría de la incorporación y la teoría de la sede se encontraría en la sanción automática del no reconocimiento de la personalidad jurídica cuando no se hayan cumplido las prescripciones de constitución del país de la sede, *vid.* C.Th. EBENROTH: "Nach Art. 10", *cit.*, págs. 472-473. Entre nosotros, *vid.* R. ARENAS GARCÍA: "La *lex societatis...*", *cit.*, pág. 12.

[196] Bajo su tenor "Las corporaciones, fundaciones y asociaciones, reconocidas por la ley y domiciliadas en España, gozarán de la nacionalidad española, siempre que tengan el concepto de personas jurídicas con arreglo a las disposiciones del presente Código". En cuanto al posible efecto sobre el tema de la nacionalidad del artículo 15 del C. de c., la mayor parte de la doctrina repite las ideas expresadas por J. GIRÓN TENA: *Derecho de sociedades..., op. cit.*, pág. 323 en el sentido de que este precepto "no se habría propuesto resolver un problema de nacionalidad, sino de ejercicio

que ha experimentado la realidad que regula, ha permanecido inalterado durante más de cien años. La norma ha originado interpretaciones encontradas, sosteniéndose básicamente dos posibilidades para la atribución de la nacionalidad a las personas jurídicas[197]: bien el criterio de la domiciliación en España de la persona jurídica[198], conforme al cual serían españolas las personas jurídicas domiciliadas en territorio español y extranjeras las domiciliadas en el extranjero; bien un criterio cumulativo según el cual, para que una persona jurídica adquiera nacionalidad española son necesarios la constitución como persona jurídica conforme al Ordenamiento español y la domiciliación en nuestro país[199], tesis que ha recibido confirmación por parte de la jurisprudencia y la doctrina establecida por la DGRN[200], respecto de la que se afirma su mayor conformidad con la letra del artículo 28 Cc. De seguirse, pues, la interpretación propuesta por el centro directivo, sólo ostentarán nacionalidad española las personas jurídicas *constituidas conforme a la ley española y domiciliadas en España*. Desde la consideración de este criterio dual, la doctrina más autorizada ha

---

del comercio por extranjeros dentro del país, en el marco liberal que le es peculiar". Aunque no en nuestra literatura, el régimen de nacionalidad de nuestro sistema de DIPr ha sido localizado también en el artículo 37 Cc. *Vid.* G. GRASSMANN: *System des internationalen Gesellschaftsrechts, op. cit.*, pág. 253; Ph. REYMOND: "Les personnes morales et sociétés...", *cit.*, pág. 173.

[197] No obstante, denfendiendo la tesis de la constitución, *cfr.* M. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ: *Estudios de Derecho Mercantil, Primera Parte, I*, Madrid, Edersa, 1977, pág.703, si bien el autor se desvía posteriormente de esta misma solución.

[198] *Vid.* M. ALBALADEJO: *Curso de Derecho Civil*, I, 3ª edic., Barcelona, Bosch, 1983, pág. 255; M. AGUILAR NAVARRO: *Derecho Civil Internacional*, volumen II de Derecho Internacional Privado, Madrid, 1979, págs. 212-213; J. CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil*, I-2, pág. 405.

[199] En este sentido se expresa buena parte de la doctrina española. Entre otros *vid.* M. PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS: "Comentario al artículo 28 Cc.", *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, Jaén, Edersa, 1978, págs. 779-781; C. PAZ ARES: "Comentario al artículo 1669 Cc", *cit.*, pág. 1365; J. GIRÓN TENA: *Derecho de sociedades, op. cit.*, págs. 321-330, esp. págs. 323-324; J. DÍEZ DEL CORRAL RIVAS: "Comentario al artículo 28 Cc.", *Com.Cc.Min.Justicia*, Madrid, 1991, págs. 220-223; J. GARRIGUES: "Teoría general de las sociedades mercantiles", *RDM*, 1976, págs. 548-550; F. GIMÉNEZ ARTIGUES: *La nacionalidad de las sociedades mercantiles*, Barcelona, Bosch, 1949, pág. 127. Con diferencias en el punto de partida, aunque alcanzando finalmente resultados similares, *vid.* M.DE LA CÁMARA ÁLVAREZ: *Estudios..., op. cit.*, págs. 697-705.

[200] Resoluciones de la DGRN de 17 de abril de 1953 y 23 de marzo de 1966.

descifrado del modo siguiente el núcleo central inequívoco del precepto[201]: *la ley quiere que la determinación de la nacionalidad se haga por un acto de sometimiento a la ley española y una realidad efectiva de actuación directiva en España fijando en ella el domicilio. El fin de la ley es buscar una fórmula de arraigo y son dos los elementos que la establecen: elegir someterse a la ley española y decidir que la cabeza de la actividad societaria se integre en el sistema económico del país*[202]. Por último, y ha de ser observado como una más de las implicaciones negativas de índole técnico que genera el empleo de la conexión *nacionalidad*, para determinar el estatuto personal de las personas jurídicas extranjeras parece necesario en nuestro sistema seguir una calificación *lege causae* del punto de conexión, debiendo estarse, pues, a los criterios propuestos por la correspondiente *lex societatis*[203].

---

[201] *Vid.* J. GIRÓN TENA: *Derecho de sociedades, op. cit.*, pág. 323; C. PAZ ARES: "Comentario al artículo 1669 Cc", *cit.*, pág. 1365.

[202] Interpretación en la que ocupa un lugar central la explicación que deba darse del artículo 41 Cc, precepto del cual, pese a que de su tenor literal podría extraerse que los socios gozan de libertad para fijar el domicilio social, la doctrina más autorizada ha inferido la necesaria *vinculación real* con la localización de la gestión común, concretándose en dos conexiones: el lugar de la administración social efectiva o el lugar de la explotación de la actividad social (*vid.* C. PAZ ARES: "Comentario al artículo 1669 Cc", *cit.*, pág. 1365; J. GIRÓN TENA: *Derecho de sociedades, op. cit.*, págs. 317-318; M. AGUILAR NAVARRO: *Derecho Civil Internacional, op. cit.*, págs. 213-214. Como indica este autor, "nuestra jurisprudencia ha venido interpretando el artículo 41 Cc insistiendo en el carácter real y auténtico del domicilio social".

[203] En nuestro ordenamiento, a la vista del enunciado del artículo 9.11 Cc así como de la formulación general de las normas en materia de nacionalidad de las personas jurídicas (sobre todo en el caso de las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada) parece más plausible pensar que el legislador, para la determinación de la nacionalidad de las personas jurídicas extranjeras, se ha decantado no por una perspectiva conflictual sino por otra basada en las técnicas propias del Derecho de la nacionalidad, delegando así su determinación a la *lex causae*. Ello no supone ignorar que la posición seguida por el legislador español no sea la más adecuada para la conformación del DIPr de sociedades, lo que ha sido puesto de relieve por la doctrina, en cuanto hace preciso estar a una calificación *lege causae*. En este sentido, *vid.* R. ARENAS GARCIA: "La *lex societatis*...", *cit.*, pág. 13, quien precisamente por ello, (*vid.* págs. 14 y 21) sugiere la necesidad de atender a una interpretación conflictual del precepto y de considerar como ley nacional el Derecho de acuerdo con el cual se constituye la sociedad o Derecho de la sede estatutaria (*vid.* también F. SÁNCHEZ CALERO: *Instituciones..., op. cit.*, pág. 268). En esta perspectiva, y si aquélla es la solución seguida, a la vista de los sistemas a los que alcanza nuestro conocimiento nuestro ordenamiento jurídico mantiene una posición totalmente aislada en lo que concierne a esta solución. En efecto, para la determinación del régimen jurídico a las personas jurídicas y a las sociedades la práctica totalidad de las codificaciones recientes de DIPr. no utiliza el criterio de conexión *nacionalidad*, arbitrando

2. Necesidad de una modulación del criterio en el caso de los fenónemos societarios más simples

El criterio del domicilio-constitución como determinante de la nacionalidad

criterios de conexión, como la sede administrativa o el lugar de constitución, que permiten una determinación inmediata del estatuto personal de las sociedades extranjeras, eludiendo el giro a través de la nacionalidad. Pero aún más, incluso en los sistemas en los que se ha conservado la noción de nacionalidad de las sociedades se sigue sin embargo en la práctica una técnica conflictualista, (*vid. ad. ex.* artículo 40 de la ley rumana de DIPr. de 22 de septiembre de 1992 o el sistema francés en el que la nacionalidad se determina, en general, a partir del criterio de la sede social). Sin perjuicio de este estado de cosas, y de que la posición que adopta nuestro sistema no sea la más recomendable para determinar el estatuto de las sociedades, a nuestro juicio sería arriesgado ignorar la inclinación mostrada por el legislador español a la hora de formular esta solución. Además de las ideas que se muestran en el sistema, donde parece no caber duda sobre la decidida aceptación, con todas sus consecuencias, de la nacionalidad de las personas jurídicas, una eventual bilateralización del criterio atributivo de nacionalidad quedaría dificultada a la hora de seleccionar el criterio -sede estatutaria, sede real, centro de explotación- que deba ser objeto de esta operación, dada la variedad de criterios existentes que nuestro ordenamiento sigue para la atribución de la nacionalidad española a los distintos tipos de sociedades y para los diferentes casos. ¿Habría de producirse una bilateralización del criterio de la constitución o tendría que bilateralizarse también el criterio de la sede real y exigir por tanto para el reconocimiento de la sociedad extranjera, como por ejemplo exige el sistema alemán, que coincidan sede real y sede estatutaria? Como recuerda J. GARRIGUES: "Teoría general...", *cit.*, págs. 549-550, el TS en algunos de sus fallos ha exigido para la calificación de sociedades extranjeras la constitución y el domicilio en el extranjero. El planteamiento que se deduce de nuestro sistema en estas líneas no supone ignorar las defiencientes e inauditas consecuencias que puede determinar como, por ejemplo, la posibilidad de supuestos de *doble nacionalidad patológica* de sociedades (*true conflicts)* cuando varios ordenamientos atribuyan su nacionalidad a la sociedad, por ejemplo, uno en razón de su constitución o incorporación en ese país y otro por situar la sociedad su sede real en el propio. En estas situaciones no cabrá más posibilidad que resolver el conflicto en base al dictado de las normas de solución del foro y, en nuestro ordenamiento, a través de la aplicación, a pesar de lo inapropiado que resulta, de las normas generales de solución para estos supuestos. Si concurre, prevalecerá la nacionalidad española (*vid.* art.9.9.II Cc.). De lo contrario, será aplicable la ley nacional coincidente con el domicilio social, y si ninguna coincide, la correspondiente con el lugar donde radica el establecimiento o explotación principal (art.9.10 Cc.) (J. CARRASCOSA GONZÁLEZ y F. ESTEBAN DE LA ROSA: "La persona jurídica", en A. Marín López y otros: *Derecho internacional privado español, II, Parte especial, Derecho Civil Internacional*, 8ª edic., Granada, 1994, pág. 73; F. ESTEBAN DE LA ROSA: "Nacionalidad de las sociedades mercantiles", en J.C. FERNÁNDEZ ROZAS (editor) y otros: *Derecho del comercio internacional*, Madrid, Eurolex, 1996, pág. 225). En el ámbito intracomunitario, no obstante, este modo de proceder podría entenderse modulado, dada su incompatibilidad eventual con el principio de igualdad de trato que establece el artículo 6 TUE (*vid.* S.A. SÁNCHEZ LORENZO: "La incidencia...", *cit.*, en prensa). Desde esta perspectiva, la conexión *nacionalidad* sólo sería operativa cuando se oriente hacia la ley de la sede real, y no cuando tome como criterio de conexión a la sede estatutaria o al lugar de constitución de la sociedad.

española de las sociedades, tal y como acaba de ser expuesto en sus perfiles básicos, revela insuficiencias que lo hacen difícilmente practicable -al menos en sus términos estrictos- para determinar el estatuto personal del acuerdo base de *joint venture* y, en general, de los entes sociales más simples en cuya constitución no intervienen especiales formalidades de carácter constitutivo. En concreto, por varias razones el significado que se atribuye al *criterio de la constitución* no se presta *tout court* para concretar la *nacionalidad* de las sociedades más simples entre las que se cuenta el acuerdo base de *joint venture*[204]: en efecto, si mediante esta conexión se quiere significar la *incorporación* de la sociedad en un determinado país, a través por ejemplo de la inscripción de la escritura social de constitución en el registro mercantil[205], el criterio no resulta practicable toda vez que este componente registral no es requerido; por otra parte, en sí, del contrato social tampoco cabría inferir una voluntad de adecuación de la sociedad a las disposiciones de nuestro ordenamiento, dada la inexistencia de especiales exigencias de constitución, bastando la estructuración externa de la sociedad, por lo que no cabría excluir una constitución también válida conforme a otros sistemas. Difícilmente cabría considerar como un acto de sometimiento a la ley española al hecho de la constitución de una sociedad en la que en muy escasa medida -si no en ninguna- han debido tenerse presentes las exigencias del ordenamiento español para su constitución[206]. En términos estrictos,

---

[204] *Vid.* W.H. MEIER: *Die einfache Gesellschaft...*, *op. cit.*, págs. 115-117.

[205] En nuestro ordenamiento, *vid.* artículo 1667 Cc. Principio que rige también en el ámbito de las sociedades mercantiles de personas, dado el tenor del artículo 117 del C. de c, que sólo exige para la validez del contrato la concurrencia de los requisitos esenciales del derecho (artículo 1261 Cc). Indicando que la omisión de forma, incluso en el caso de aportación de los bienes inmuebles, no impide el nacimiento de la personalidad jurídica, *vid.* C. PAZ ARES: "Comentario al artículo 1667 Cc", *cit.*, pág. 1338-1339.

[206] Ha de tenerse en cuenta que numerosos ordenamientos jurídicos cuentan con una figura societaria menor, parangonable a nuestras sociedad civil y sociedad colectiva irregular, en la que no son requeridas formalidades especiales de constitución. Entre ellas, en Suiza la ***einfache Gesellschaft*** (Art. 530 ***OR***), en Alemania la sociedad del código civil (§§ 705 y ss ***BGB***), en Austria la ***Schlichte Gesellschcaft*** (§§ 1175 ***ABGB***), en Francia la ***société civil*** (Art. 1832 ***Codice civil***), en Italia la ***società semplice***. En inglaterra, aunque pueda ser difícil encontrarla, su ordenación podría buscarse desde

pues, el criterio empleado para la determinación del estatuto de la sociedad se presta difícilmente para servir en estos casos, sin que, por otra parte, para mitigar esta impracticabilidad nuestro ordenamiento arbitre criterios de conexión subsidiarios[207].

---

distintos puntos de vista, incluso fuera del marco formal del Derecho de sociedades (*ad. ex.* comunidad de contractual, comunidad patrimonial, poder de representación). Como figura más cercana, y aunque circunscrita al ámbito comercial, precisamente la forma social de la *joint venture* expresaría la idea de nuestra sociedad civil. *Vid.* W. von STEIGER: "Die einfache Gesellschaft...", *cit.*, págs. 17-18.

[207] A diferencia de nuestro ordenamiento, la ley suiza de DIPr. de 18 de diciembre de 1987 en su artículo 154 dispone una serie de conexiones objetivas, en cascada, que dan cumplida respuesta a estas situaciones. Según su tenor literal: 1. *Les sociétés sont régies par le droit de l'Etat en vertu duquel elles sont organisées si elles répondent aux conditions de publicité ou d'enregistrement prescrites par ce droit ou, dans le cas où ces prescriptions n'existent pas, si elles se sont organisées selon le droit de cet Etat.* 2. *La société qui ne remplit pas ces conditions est régie par le droit de l'Etat dans lequel est administrée en fait.* Entre las conexiones establecidas de forma subsidiaria se contarían pues, la ley del país de organización de la sociedad cuando se hayan cumplido las condiciones de publicidad y registro prescritas por este derecho, la ley del país de organización de la sociedad si no existen exigencias de publicidad o registro y, finalmente, la ley del país de la administración de hecho, cuando la sociedad no haya cumplido las condiciones de constitución requeridas por el país de organización. Esta norma, sin embargo, ha suscitado diferentes problemas de interpretación. En concreto, se duda sobre la ley que sería aplicable a las sociedades organizadas según el Derecho de un Estado que impone condiciones de registro o de publicidad si éstas no han sido respetadas por los fundadores. En este caso, no obtendrían aplicación ni la conexión principal, al no cumplirse los requisitos de constitución, ni la subsidiaria, al existir esas disposiciones, por lo que no quedaría más posibilidad, se afirma, que someterla a la ley de su administración de hecho. *Vid.* Ph. REYMOND: "Les personnes morales et sociétés...", *cit.*, págs. 175-177. Sobre la trascendencia de estas conexiones en cascada para la determinación del estatuto de la sociedad base de *joint venture*, *vid.* L. HUBER: *Das Joint-Venture..., op. cit.*, págs. 137-139. En el desarrollo que efectúa el autor, la primera conexión sería aplicable cuando el acuerdo base de *joint venture* adopta una forma institucionalizada, como por ejemplo, la forma de una sociedad colectiva. Por otra parte, ante la impracticabilidad de las conexiones anteriores, el estatuto personal de la mayor parte de los acuerdos de *joint venture* sería determinado con arreglo a la conexión de cierre, siendo pues aplicable la ley del lugar de la administración de hecho, como lugar donde tomaría efecto externo la administración de la sociedad. Pero incluso esta conexión podría incluso volverse impracticable cuando, lo que puede ser frecuente en los contratos de *joint venture*, son varios los lugares de administración. Para estos casos, el autor propone la determinación del estatuto personal a través del lugar de la sede de la adminstración principal, invocando el centro de gravedad de la relación, o el recurso a otros criterios auxiliares como, por ejemplo, la ley del participante que asume el mayor riesgo en la operación. Indica el autor que, si bien los criterios de conexión en materia de contratos en general no servirán para la determinación de la administración de hecho, tales conexiones podrían coadyuvar para la constatación del lugar de administración de hecho cuando no sea posible identificar una sede administrativa en el sentido de una oficia central de coordinación o la asumción de la administración por una solo de los participantes. Esto podría suceder cuando, por ejempo, todos los participantes asumen la representación de la sociedad base. Igualmente, no podría excluirse como criterio de conexión el lugar en el que se concierta la financiación de la operación (*Ort, an welchem die wesentlichen Finanzierungsgeschäfte vorgenommen werden),* como sería, en el caso de un préstamo sindicado, el lugar del *leading Bank*. De otro lado, del concreto objetivo de la *joint venture*

La impracticabilidad del criterio de la constitución en relación al acuerdo base de *joint venture* plantea al intérprete una doble alternativa para suplir a esta regulación: ¿debe simplemente ignorarse el inciso segundo del criterio dual para situar el estatuto personal de la sociedad en la consideración exclusiva de su domiciliación española? O al contrario, ¿ha de ser modulado el requisito de la constitución en vista de su fundamento jurídico o idea de base, acomodándolo a la peculiaridad de este tipo de sociedades? Sin perjuicio de que otra solución podría haberse adoptado, tal y como ya existen ejemplos en Derecho comparado[208], difícilmente se respeta el plan establecido por el legislador si se prescinde de uno de los elementos determinantes de la atribución de la nacionalidad española. A nuestro modo de ver, debería tratarse de averiguar el sentido o fundamento de esta exigencia de constitución conforme a nuestro ordenamiento y apreciar si en otra de sus manifestaciones resulta practicable en relación a estas sociedades. Desde estas premisas, la asimilación fundamental entre el criterio de la constitución y la voluntad de sometimiento a un concreto ordenamiento jurídico que ha sido afirmada por la doctrina[209] autoriza, en nuestro sistema, la siguiente propuesta de interpretación del requisito de constitución conforme a la ley española que exige el artículo 28 Cc: *sólo*

---

podría resultar puntos de apoyo para la determinación de la sede de la administración. Por último, también la sede de la sociedad *joint venture* podría ser considerada como punto de conexión dado que aquí se sitúa el punto de referencia de la relación jurídica perseguida y el lugar donde se acumulan jurídicamente los intereses económico correspondientes.

[208] Es el caso de la ley suiza de DIPr que, como conexión de cierre, en defecto de procedimiento formal de constitución se limita a remitir a la ley del país de la administración de hecho de la sociedad, desechando para estos casos el criterio de la constitución.

[209] *Vid.* M. MEIER: *Die einfache Gesellschaft...*, *op. cit.*, págs. 115-117. En una visión más general del criterio de la incorporación, identificándolo con el criterio de la autonomía de las partes, *vid.* G. GRASSMANN: *System des internationalen Gesellschaftsrechts*, *op. cit.*, págs. 497-498. Para el autor, la constatación de la voluntad de las partes no ofrecería dificultades cuando se trata de la constitución de sociedades corporativas (*Körperschaften*) o de sociedades de personas (*Personengesellschaften*). Del cumplimiento de las formalidades requeridas para la creación de la sociedad se podría concluir en la voluntad de las partes de someterse a ese concreto ordenamiento. En nuestro sistema, como se indicó con anterioridad, ha sido J. GIRÓN TENA: *Derecho de sociedades*, *op. cit.* págs. 317-318, quien ha identificado en el criterio de la constitución la idea de voluntad de los socios de someterse a un concreto ordenamiento.

queda determinada la nacionalidad española del acuerdo base de joint venture *cuando al elemento de la domiciliación en territorio español de la sociedad se una la designación de la ley española como aplicable al contrato de sociedad; y en defecto de sometimiento expreso a ley española, la sociedad domiciliada en España sólo tendrá esta nacionalidad cuando, a través de las normas de conflicto en materia de contratos, se concrete en nuestro país la localización objetiva del contrato*[210]. Sólo cuando exista una estrecha vinculación del contrato con nuestro ordenamiento, bien sea deseada expresamente por las partes u objetivamente determinada a través de las circunstancias del caso, aparece la idea de *sometimiento a nuestro ordenamiento* jurídico que subyace al requisito de la constitución tal y como viene configurado en el artículo 28 Cc. Una vez determinada la aplicación de la ley española al contrato de *joint venture*, la atribución de esta nacionalidad dependerá aún de la circunstancia de que la cabeza de la actividad societaria se integre en el sistema económico del país, es decir, del arraigo efectivo de la sociedad en el territorio español[211].

---

[210] En favor de esta idea, *vid.* especialmente G. GRASSMANN: *System des internationalen Gesellschaftsrechts*, *op. cit.*, págs. 497-498. Como expone el autor, en el caso de las sociedades cuya constitución no requiere la adición del componente registral, no sería posible inferir una efectiva voluntad de los socios siendo preciso, por tanto, la averiguación del centro de gravedad (*Schwerpunkt*) de la relación jurídica, centro que no necesariamente radicaría en el país de la sede real de la sociedad. En efecto, si bien esta conexión objetiva podría, en ocasiones, obtener concreción en el Derecho de la sede de la sociedad, no podría descartarse que, según los casos, pueda conducir a otro Derecho (*im Gesellschaftssitz, nach den Ümtänden des Einzelfalles aber auch in anderen Merkmalen gefunden werden kann*). En nuestro Ordenamiento, la idea de aplicar las conexiones objetivas en materia de contratos en este caso encuentra una sólida justificación en la libertad de que gozan las partes, en el sistema de nacionalidad descrito, para someter la sociedad a la ley española. En defecto de designación expresa, y de una voluntad cierta de sometimiento a la ley española, aunque la conexión objetiva no constituya una voluntad tácita, hipotética o presunta, sí que conduciría a la aplicación de la ley más estrechamente vinculada en el sentido que quedó dicho en otro lugar de este trabajo, siendo por tanto la más conveniente para las partes.

[211] *Vid.* J. GIRÓN TENA: *Derecho de sociedades*, *op. cit.*, pág. 323. No obstante, también se aceptaría que el centro de explotación principal se sitúe en España, dada la definición amplia que se ha dado de domicilio. *Vid.* C. PAZ ARES: "Comentario al artículo 1669 Cc", *cit.*, pág. 1365.

III. ÁMBITO DE LA *LEX SOCIETATIS VERSUS* ÁMBITO DEL CONVENIO DE ROMA

1. Escisión general entre relaciones con relevancia interna y con relevancia externa

La operatividad de la escisión entre el estatuto contractual y el estatuto social que ha de practicarse para determinar la ley aplicable al acuerdo base de *joint venture* con personalidad jurídica, hace obligado identificar previamente los aspectos que quedan sometidos respectivamente a cada estatuto. *Grosso modo*, y sin perjuicio de la delimitiación más detenida que seguirá, escapan al vigor de las reglas del Convenio de Roma todas las cuestiones del Derecho de sociedades cuya regulación podría afectar al tráfico y, en concreto, a la posición jurídica del tercero que contrata con la sociedad[212]. Para realizar esta delimitación puede servir de modelo la regulación española en materia sociedad civi y de sociedad colectiva irregular, formas sociales más simples de nuestro ordenamiento para cuya creación basta un mero contrato. Dada la escasez tanto de normas de intervención o imperativas, como de especiales exigencias del tipo[213], los amplios resquicios que para la construcción interna atribuye nuestro ordenamiento a los socios en esta clase de sociedades determinan amplias posibilidades para la autonomía conflictual. Afirmación cuyas consecuencias prácticas más notables y útiles encuentran proyección en relación a los contratos complejos entre los que se inserta el de *joint venture*, en el que la admisión de la autonomía conflictual para someter la regulación de trascendencia meramente

---

[212] Sobre la delimitación entre normas de conflicto, *vid. supra* Capítulo Tercero, I.

[213] Más pronunciadas sin embargo en el ámbito de la sociedad colectiva que en el de la sociedad civil.

interna del contrato a una ley diversa a la aplicable a la sociedad base podría incluso erigirse, en un momento dado, en única vía para desbloquear una negociación del contrato que se halle en trance de ruptura.

Pues bien, en el ámbito de este tipo de sociedades más simples, y al efecto de esta delimitación, cobra valor fundamental la escisión entre relaciones sociales internas y relaciones sociales externas. En su delimitación conceptual ambos grupos de relaciones sociales aparecen diferenciadas en razón de su trascendencia o proyección de cara a los terceros que contratan con la sociedad, dado que en las primeras la regulación social no es irrelevante para aquéllos. Entre las internas quedan comprendidas el sistema de distribución de beneficios y pérdidas[214], la administración y la responsabilidad interna de los socios[215], el régimen de la toma de decisiones y de no concurrencia con la sociedad, las cuestiones de responsabilidad y las reclamaciones de compensación e indemnización a los socios por los daños ocasionados, el estatuto de los administradores (*v. gr.* nombramiento, revocación, limitaciones, control interno y restitución de gastos efectuados por cuenta de la sociedad), los derechos y obligaciones que derivan de la condición de miembro y especialmente, en lo que interesa a la *joint venture*, en qué medida quedan obligados

---

[214] En este punto los diferentes ordenamientos muestran divergencias acusadas. Mientras en el Derecho francés, español o austriaco el reparto tiene lugar según la participación de cada socio, en el Derecho alemán o suizo, en cuya regulación se tiene más en cuenta al socio que a la participación, esta distribución tiene lugar por cabezas (*nach Köpfen*). No habría que descartar la actuación del orden público internacional para impedir la aplicación de determinadas regulaciones, por ejemplo, aquellas que afecten a la prohibición de la sociedad leonina que prohibe nuestro artículo 1691 Cc. En este sentido, señalando esta misma limitación respecto al Derecho suizo, *vid.* W. von STEIGER: "Die einfache Gesellschaft...", *cit.*, pág. 27.

[215] Las cuestiones relacionadas con la *administración interna* de la sociedad base, es decir, la relación entre los socios administradores y el resto, quedan sometidas al Convenio de Roma. Este estatuto decidirá, por ejemplo, qué acciones tienen los socios cuando un socio no administrador ha tomado alguna cuestión de la sociedad a su cuidado. En nuestro ordenamiento estas normas tienen carácter dispositivo (*vid.* C. PAZ ARES: "Comentario al artículo 1697 Cc", *cit.*, págs. 1477-1481), lo que abre paso a una conformación pactada del régimen aplicable. Para el Derecho suizo *vid.* L. HUBER: *Das Joint-Venture...*, *op. cit.*, pág. 130.

los socios a efectuar aportaciones adicionales[216]. Entre las relaciones sometidas al estatuto social habrá que contar, como cuestiones que pueden afectar a la esfera jurídica de los terceros, el régimen de representación y de responsabilidad[217].

2. Análisis de aspectos particulares

A) Constitución de la sociedad base con personalidad jurídica

La válida constitución de la sociedad base *joint venture* con personalidad jurídica queda sometida, en la forma distributiva que vamos a ver, al estatuto social y al estatuto contractual. Para comprender la interacción entre ambos estatutos en la fase constitutiva de la sociedad conviene antes advertir sobre un dato básico que determina la necesidad de dar un tratamiento parcialmente diferenciado a las sociedades según su constitución requiera o no una inscripción de carácter constitutivo. Debe quedar bien claro que el surgimiento de la *personalidad jurídica* del acuerdo base de *joint venture* -o, en todo caso, su capacidad para concluir negocios y ser titular de derechos y obligaciones como tal sociedad cuando el ordenamiento de que se trate no conceda nominalmente esa personalidad- es un efecto que, al menos en el tipo de sociedades al que nos estamos refiriendo, como serían en nuestro ordenamiento la sociedad civil o la colectiva irregular, suele producirse *de pleno Derecho* por la simple acomodación del contrato a los requisitos

---

[216] En este punto conviene poner de relieve las diferencias que habría que advertir a la hora de practicar esta escisión entre las sociedades de responsabilidad limitada y aquéllas de responsabilidad ilimitada de los socios por las deudas sociales. A diferencia de la conclusión que debe seguirse en relación a las segundas, la *despreocupación* de los terceros acreedores respecto de ciertos aspectos como el régimen de las aportaciones o la estabilidad del capital, habida cuenta de la responsabilidad ilimitada de los socios por las deudas sociales, comporta la oportunidad de que queden sometidos a la regulación considerada más apropiada por los socios.

[217] *Vid.* M. MEIER: *Die einfache Gesellschaft...*, *op. cit.*, pág. 130; L. HUBER: *Das Joint-Venture...*, *op. cit.*, pág. 129.

legales, normalmente de carácter material, que puedan exigirse en cada caso[218], donde no se precisa, pues, un acto de homologación o de publicidad registral. Si el efecto de la atribución de la personalidad jurídica no queda condicionado al sometimiento del contrato a la propia ley, sino que se asocia a la adopción de una determinada estructuración material, no podría descartarse una disociación entre la ley elegida por las partes y la ley que determina el surgimiento de la personalidad jurídica[219]. El proceso de creación de la sociedad base de *joint venture* con personalidad jurídica puede explicarse como sigue. Por una parte, la constitución del acuerdo base como relación obligatoria entre los participantes, en su estructura negocial, queda sometida al estatuto contractual y, así, por ejemplo, a la ley elegida por las partes[220]. En cambio, sobre la incorporación o no al contrato de sociedad del

---

[218] En nuestro sistema, por la participación en el tráfico de la sociedad como tal al quedar configurada por los socios como sociedad externa. Sobre este extremo *vid. supra* Capítulo Tercero, I, 4.

[219] En el sistema suizo, por ejemplo, en el que el criterio de conexión practicable sería en estos casos el de la ley de la administración de hecho de la sociedad (*vid.* el artículo 154 LDIP, *in fine*), este tipo de situaciones de disociación de regímenes jurídicos puede darse con facilidad. Basta pensar en un contrato de sociedad en el que las partes designen a la ley española como aplicable, situándose, no obstante, en Alemania la administración de hecho de la sociedad. Cuestión distinta es que, para la determinación del estatuto personal de la sociedad, se exija el sometimiento del contrato a la ley de la sociedad. Desde esta perspectiva, cabría dudar si esta disociación puede producirse en el caso de la regulación española que, en la interpretación que se propuso con anterioridad, sólo concedería la nacionalidad española cuando el contrato de sociedad se rija por nuestra ley, sea ésta designada por las partes o seleccionada de forma objetiva. No obstante, tampoco cabría descartar con carácter absoluto una eventual disociación de regímenes jurídicos si se entiende que la expresión de la voluntad de sometimiento a la ley española que se requiere para atribuir a la sociedad esta nacionalidad pueda convivir, por ejemplo, con una designación distinta de ley aplicable al contrato.

[220] Situados en el ámbito del estatuto contractual podría discutirse si la regulación del contrato de sociedad es o no competencia de las reglas uniformes del Convenio de Roma. A nuestro modo de ver, la exclusión de los aspectos negociales de este contrato del ámbito de aplicación del Convenio de Roma no resulta lo más recomendable. Esa interpretación obligaría a alternar la norma de conflicto aplicable al contrato de sociedad (artículo 10.5 Cc y Convenio de Roma) según se considere o no como nuevo ente jurídico a la agrupación de personas de que se trate. Por otra parte, habría que decidir sobre la ley -*lex fori* o *lex causae*- competente para resolver sobre ese efecto, quedando seriamente perjudicada la seguridad jurídica y la aplicación uniforme del Convenio. De otro lado, dado que esta ley podría variar (por ejemplo si la sociedad traslada su administración desde España a otro país, caso en el que, a la vista de las reglas sobre nacionalidad dejaría de ser considerada como española), si según la nueva *lex societatis* no se considera personificada a la sociedad -el surgimiento de personalidad jurídica puede quedar ligado a otros requisitos materiales- ello podría determinar la

componente organizativo, es decir, para conocer si el contrato genera el nacimiento de un nuevo sujeto jurídico con capacidad para poseer un patrimonio separado y para actuar frente a terceros, que en nuestro sistema viene dado por la estructuración externa de la sociedad, decidirá la ley determinada a través de la norma de conflicto en materia de sociedades[221].

B) Régimen de la responsabilidad y de la representación

Las modalidades de la responsabilidad de la sociedad y de los socios por las deudas sociales se rigen por la *lex societatis* que sea de aplicación al acuerdo base de *joint venture* con personalidad jurídica[222]. En este tipo de sociedades, el hecho de

---

necesidad de aplicar al contrato de sociedad el convenio de Roma, en lugar del artículo 10.5 Cc, determinando posibles cambios en la ley aplicable al contrato del todo inconvenientes. Por el contrario, la aplicación del Convenio de Roma a estos aspectos negociales del contrato de sociedad no suscitaría excesivas dificultades de seguirse una interpretación estricta del artículo 1.2 e) CR. Y tampoco las referencias que a la constitución de la sociedad hace el informe explicativo serían determinantes al respecto, pudiendo entenderse como alusivas a los especiales requisitos exigidos para la constitución de la sociedad (*ad. ex.* menciones estatutarias preceptivas, necesaria inscripción registral, etc), que los ordenamientos suelen exigir para la creación de las sociedades de responsabilidad limitada. Específicamente en relación a este tipo de sociedades, manteniendo una opinión distinta a la aquí seguida, *vid.* M. VIRGÓS SORIANO: "La ley aplicable...", *cit.*, pág. 5305, para quien "todos los contratos de sociedad en que se da cuerpo a una organización estructurada para tener relaciones externas (tengan o no personalidad jurídica conforme al Derecho aplicable) caen fuera del convenio de Roma y quedan sometidos al artículo 9.11 Cc".

[221] Respecto a la constitución de la sociedad civil a la que el ordenamiento atribuye directamente la personalidad jurídica, indicando que "el notario que autorice dicho contrato sólo debería considerar la ley contractual", *vid.* R. ARENAS GARCÍA: "La *lex societatis...*", *cit.*, pág. 14; *id.*: "Ámbito de la *lex societatis*", en J.C. Fernández Rozas (editor) y otros, *Derecho del comercio internacional*, Madrid, Eurolex, 1996, págs. 233-234. Específicamente en relación al contrato de *joint venture* con organización, *vid.* también L. HUBER: *Das Joint-Venture...*, *op. cit.*, págs. 129-130.

[222] Esta es la solución defendida en DIPr para las sociedades más simples. *Vid.* W.H. MEIER: *Die einfache Gesellschaft...*, *op. cit.*, págs. 131-136, autor que indica que sólo podría aceptarse la autonomía de las partes, de forma excepcional, cuando el tercero haya aceptado esta designación de ley o cuando la elección de ley no suponga para él, desde la perspectiva de la justicia conflictual, un contrato en su perjuicio. También *vid.* W. von STEIGER: "Die einfache Gesellschaft...", *cit.*, pág. 31; L. HUBER: *Das Joint-Venture...*, *op. cit.*, pág. 143. En la regulación positiva, y dada la

que la sociedad no disfrute del beneficio de la responsabilidad limitada[223] determina que cobre el mayor interés la regulación y carácter de la responsabilidad de los socios por las deudas sociales, por ejemplo, si aquéllos responden de forma solidaria o mancomunada[224], o si lo hacen a título principal o subsidiario y, en este caso, el carácter o contenido de esta subsidiariedad. Igualmente, la *lex societatis* regulará si cabe o no un pacto de limitación de responsabilidad en favor de uno de los socios[225]. Por otra parte, la existencia y extensión del poder de representación orgánica de los participantes que pueden vincular a la sociedad base con sus actuaciones se rige por la ley de la sociedad[226], ley que rige, sin perjuicio de lo que se dirá, todo lo relativo

---

imposibilidad de aceptar otro resultado, estas cuestiones fueron expresamente excluidas del ámbito de aplicación del convenio de Roma a través del apartado e) del artículo 1.2, redacción que fue debida a las propuestas de la delegación alemana. Bajo su tenor el Convenio no se aplica "...a la responsabilidad personal legal de los socios y de los órganos por las deudas de la sociedad, asociación o persona jurídica".

[223] En nuestro ordenamiento, tanto en la sociedad civil como en la sociedad colectiva, los socios responden ilimitadamente por las deudas sociales. *Vid.* C. PAZ ARES: "Comentario al artículo 1698", *cit.*, págs. 1481 y ss; J.L. LACRUZ BERDEJO y otros: *Derecho de obligaciones*, vol. 3º, Contratos y Cuasicontratos, 2ª edic., Barcelona, Bosch, 1986, págs. 417-418; M. ALBALADEJO: *Derecho civil*, II, vol. 2º, Barcelona Bosch, 1982, págs. 297-298; J. GIRÓN TENA: *Derecho de sociedades, op. cit.*, pág. 521; F. CAPILLA RONCERO: *Comentarios al Código Civil, op. cit.*, pág. 549.

[224] En nuestro ordenamiento jurídico habría que distinguir según proceda la aplicación del régimen de la sociedad colectiva, en cuyo caso se trata de una responsabilidad solidaria, o de la sociedad civil, en la cual es de carácter mancomunado, lo que no impide que pueda devenir solidaria en el transcurso de la liquidación. Las diferencias en relación a esta cuestión en los diferentes ordenamientos son acusadas. *Vid. supra* Capítulo Tercero, I, 4, B.

[225] En nuestro ordenamiento, en este punto parece existir cierta coincidencia en afirmar que todos los socios de la sociedad externa, incluso los que sean ocultos, responden de las deudas sociales. *Vid.* C. PAZ ARES: "Comentario al artículo 1669 Cc", *cit.*, pág. 1368; J. GIRÓN TENA: *Derecho de sociedades, op. cit.*, pág. 80. J.L. LACRUZ BERDEJO y otros: *Derecho de obligaciones, op. cit.*, pág. 418.

[226] La cuestión ha quedado expresamente excluida del Convenio de Roma a través del apartado f) del artículo 1.2. Bajo su tenor, las disposiciones del Convenio no se aplicarán "... a la cuestión de saber si (...) un órgano de una sociedad, de una asociación o una persona jurídica puede obligar frente a terceros a esta sociedad, asociación o persona jurídica" (*vid.* M. GIULIANO y P. LAGARDE: "Informe relativo...", *cit.*, pág. 12). Aunque hoy haya quedado superada esta tesis, frente al sometimiento de esta cuestión al estatuto social se cuestionó si la norma de conflicto aplicable no habría de ser la que regula la representación voluntaria dado el carácter poco estructurado de este tipo de sociedades y la inexistencia de formalidades especiales requeridas para su constitución. Sobre este

a la medida en la que aquélla queda vinculada por los actos realizados *ultra vires* por sus representantes[227].

C) Disolución de la sociedad base y acuerdos sobre su duración

Uno de los aspectos que podría suscitar cierta dificultad a la hora de decidir sobre su adscripción al estatuto social o al estatuto contractual es el relativo a la disolución de la sociedad. Desde la lectura funcional que en estas líneas se defiende para el apartado e) del artículo 1.2 CR podría plantearse la siguiente cuestión: ¿quedan las cuestiones pertenecientes a la disolución de la sociedad, en su conjunto, excluidas del ámbito del convenio de Roma? O al contrario, ¿queda abierta la autonomía conflictual que arbitra el convenio de Roma para permitir un apartamiento en este punto respecto de las soluciones de la *lex societatis?* El tratamiento metodológico de la cuestión aparece condicionado, a la vista de los principios de nuestro Derecho material, por la concurrencia de la doble contraposición, no

---

debate y de cómo se resolvió, *vid.* W.H. MEIER: *Die einfache Gesellschaft...*, *op. cit.*, págs. 138-144; W. von STEIGER: "Die einfache Gesellschaft...", *cit.*, págs. 28-30.

[227] Podría suscitar cierta problemática la determinación del estatuto de la relación que se genera entre el socio y la sociedad cuando el primero contrata en nombre propio y por cuenta de la sociedad utilizando el mecanismo de la representación indirecta. Favorables a la aplicación del estatuto social para conocer si el negocio jurídico concluido por el socio y el tercero tiene eficacia también para la sociedad, *vid.* W.H. MEIER: *Die einfache Gesellschaft...*, *op. cit.*, pág. 136; W. von STEIGER: "Die einfache Gesellschaft...", *cit.*, págs. 27-31. No obstante, desde la orientación general que sigue este trabajo, no aparecería inconveniente en aplicar la ley designada por el Convenio de Roma para decidir si la sociedad queda vinculada por los actos realizados por los socios de este modo, y ello en atención a la relevancia meramente interna de esta cuestión. Esta solución, de otro lado, coordina con una interpretación *estricta* de la explicación dada por el informe explicativo del Convenio a la letra f) del artículo 1.2 CR (*vid.* M. GIULIANO y P. LAGARDE: "Informe relativo...", *cit.*, pág. 12). Esta solución resulta más difícil de mantener en el caso de representación directa dado que el tercero debería poder conocer si el socio vincula o no a la sociedad, lo que hace aparecer el interés del tráfico. En este sentido habría que advertir que, si bien los ordenamientos jurídicos exigen la existencia de poder de representación, también establecen presunciones favorables a la representación del socio administrador.

plenamente coincidente, entre relevancia interna y externa de la disolución, de un lado, y entre normas imperativas y dispositivas, de otro. Dada la diferente propensión de estos componentes hacia el estatuto contractual y hacia el estatuto societario no podría descartarse, al menos no de entrada, la afirmación de un tratamiento conflictual fraccionado para la disolución de la sociedad. Ante este panorama, se impone pues la necesidad de desbrozar los elementos con relevancia conflictual.

El tratamiento de la cuestión hace preciso distinguir las dos fases principales que intervienen en la disolución en sentido amplio de la sociedad, a saber, la disolución y la liquidación. En el terreno de las *causas de disolución,* las posibilidades de regulación podrían ser varias. Por una parte, partiendo de la distinción entre causas de disolución que actúan de forma objetiva, con independencia de la voluntad de los socios (*ad. ex.* el logro del objetivo social, la imposibilidad de lograr el objetivo social, la venta forzosa de la cuota de liquidación de un socio o su concurso o quiebra), y las que lo hacen interviniendo aquélla (*ad. ex.* el acuerdo de los socios o la denuncia), se ha propugnado un fraccionamiento en este ámbito, sometiendo las primeras causas al estatuto social y admitiendo la autonomía conflictual en relación a las segundas[228]. Con todo -se afirma- incluso en el ámbito de las causas de disolución que dependen de la voluntad de los socios cabría advertir limitaciones impuestas por el estatuto de la sociedad[229].

---

[228] *Vid.* L. HUBER: *Das Joint-Venture..., op. cit.*, pág. 133. Ello no impediría, sin embargo, que mediante pacto en el contrato de sociedad o a través de un acuerdo posterior pueda acordarse la continuidad de la sociedad, siempre que ello no afecte a la posición jurídica del tercero acreedor, lo que podría ocurrir cuando el Derecho objetivamente aplicable a la sociedad garantiza a éste determinados derechos en la liquidación. Ese pacto, señala el autor, podría quedar sometido a la ley elegida por los socios y, en nuestro sistema, al Convenio de Roma.

[229] Por ejemplo, se afirma que mediante la autonomía conflictual no podría excluirse el Derecho reconocido legalmente a solicitar la disolución de la sociedad cuando exista un justo motivo (*Auflösung aus wichtigen Gründen)*, dado el carácter de normas materiales imperativas (*lois d'application immédiate)* de los apartados 1.7 y 2 del artículo 545 OR en el Derecho suizo, normas que serían aplicables, como disposiciones imperativas del foro, por vía del artículo 18 de la ley de

Frente a esta solución, desde la orientación seguida en este trabajo cabría proponer una segunda vía de ordenación conflictual de las causas de disolución de la sociedad que, coincidiendo con la anterior en sus resultados más gruesos, comportaría sin embargo diferencias en torno al alcance de la admisión de la autonomía conflictual. Como eje central, puede partirse de la verificación del carácter fundamentalmente interno que corresponde a la disolución de la sociedad. En efecto, el hecho de que las causas de disolución, en sí mismas, no alteren la posición jurídica del tercero acreedor[230] legitima la competencia amplia del estatuto contractual en este ámbito. De este modo, y sin perjuicio de lo que se dirá, no habría razón para no conceder a los socios amplia libertad para la conformación del régimen de las causas de disolución de la sociedad y, por tanto, para no disponer a este efecto la autonomía conflictual: *no quedaría justificada funcionalmente la aplicación del estatuto societario.* En el contrato de *joint venture*, esta interpretación proporciona a los participantes la posibilidad de designar como aplicable a este aspecto un ordenamiento que permita, por ejemplo, la rescisión unilateral del contrato.

Lo dicho debe entenderse sin perjuicio de dos tipos de matizaciones relacionadas respectivamente con exigencias del orden público, aplicables, por tanto,

---

DIPr. (*vid.* L. HUBER: *Das Joint-Venture...*, *op. cit.*, pág. 134). De la explicación que hace el autor no queda del todo claro si, en última instancia, el límite deriva del estatuto objetivo de la sociedad o del carácter de norma material internacionalmente imperativa de esta disposición, en cuyo caso su aplicación no se detendría en las sociedades suizas sino que sería aplicable sobre toda sociedad con independencia de su *nacionalidad*. A nuestro modo de ver, y como se dirá, esta segunda posibilidad quizás sería más congruente con el sentido y finalidad de la norma, cuyos tintes de orden público y operatividad frente a cualquier regulación social extranjera aparecen bastante claros.

[230] Incluso en el caso extremo de la disolución por ejecución forzosa de la participación de uno de los socios, la continuación de la sociedad por los restantes no afectaría a la posición del tercero. En la literatura, indicando el carácter interno de las cuestiones que conciernen a la disolución de la sociedad, *vid.* W.H. MEIER: *Die einfache Gesellschaft...*, *op. cit.*, pág. 129, con ulteriores referencias. Para el autor, los socios podrían designar para estas cuestiones un Derecho distinto al estatuto de la sociedad (*All diese Fragen unterstehen unbestrittenermassen dem Gesellschaftsstatut; es sei denn, die Gesellschafter hätten eine Rechtsordnung als anwendbar erklärt*"). También *vid.* R. MOSER: "Personalstatut...", *cit.*, pág. 286.

para impedir la recepción en el foro de cualquier estatuto social extranjero que vulnere tales principios, y con imperativos del tipo social, impuestos por el estatuto de la sociedad objetivamente determinado. De un lado, la imposibilidad de escapar del estatuto social puede tropezar con la existencia de causas de disolución de la sociedad que afectan a la naturaleza propia de la institución societaria en el modo en que es modelada en concreto[231]. De otro, no se podría descartar la intervención del orden público del foro en ciertos supuestos en relación a las causas de disolución de la sociedad. No obstante, una vez identificados, serían aplicables frente a cualquier regulación social que se oponga a ellos, sea la elegida por las partes o la determinada por el estatuto de la sociedad[232]. En estos casos, no podría descartarse la consideración de estas normas como internacionalmente imperativas cuando el juez español conozca de la cuestión por tener competencia judicial internacional en el asunto.

Una vez disuelta la sociedad, por la concurrencia de una causa de disolución,

---

[231] Por ejemplo, no cabría la existencia de una sociedad sin fin común, o una sociedad civil unipersonal o cuyo fin común haya sido conseguido. En estos casos el tipo social quedaría deformado. Sobre los límites a la autonomía en Derecho de sociedades derivados del respeto a la ordenación típica, *vid.* L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA: *La atipicidad..., op. cit., passim;* J. GIRÓN TENA: *Derecho de sociedades, op. cit.*, págs. 421-422.

[232] El orden público ha sido señalado como límite general a la admisión del estatuto social extranjero por W. von STEIGER: "Die einfache Gesellschaft...", *cit.*, pág. 26. Se plantea en este punto un problema de identificación de los principios del orden público internacional vigentes en el Derecho de sociedades. Ciertamente, y aunque este examen desborda el objeto de la investigación, parece claro que no todos los principios rectores o principales que componen el orden público internacional español encuentran un sustrato directo en normas constitucionales. Aunque la identificación de principios de orden público en el sector del Derecho de sociedades exige especiales justificaciones, en defecto de pautas claras que puedan extraerse desde la constitución, los principios del orden público internacional español en el sector del Derecho de sociedades habrán de inferirse, sobre todo, del análisis de las singulares normas en vista de si la prohibición que establecen viene motivada por razones que trascienden la mera decisión técnica y penetran en el ámbito de lo considerado inmoral en la cultura de una sociedad. Por ejemplo, la imposibilidad de aceptar sociedades que no tengan un fin erigiría a rango de principio de orden público internacional a la causa de disolución de la sociedad basada en la imposibilidad de realizar el objeto social (artículo 1272 Cc). Otro ejemplo de estos casos podría ser la prohibición de pactos leoninos que regula el artículo 1691 Cc o la prohibición de las sociedades que no tenga un fin determinado, lo que conecta directamente con las causas de disolución.

en la medida en que *la liquidación* sólo afecta a los socios, y no alcanza por tanto a terceros, no debe existir inconveniente en que quede regida por la ley designada por los socios, aplicándose en este punto el Convenio de Roma. Los participantes podrían elegir un ordenamiento que por ejemplo admita una liquidación parcial, limitada a ciertas relaciones jurídicas. No obstante, las reclamaciones de los terceros en el ámbito de la liquidación no dejan de regirse por el estatuto de la sociedad[233]. De igual modo, los acuerdos sobre la duración del acuerdo base de *joint venture*, dada su trascendencia meramente interna, deben también encontrar su regulación en el Convenio de Roma. Ahora bien, de modo análogo a como sucede con las causas de disolución de la sociedad, también aquí podría plantearse la posible intervención a título excepcional tanto del correctivo del orden público del foro[234], como de imperativos del tipo social relacionados, por ejemplo, con las posibilidades de denuncia. Estas últimas normas aparecerían en estos casos como normas materiales imperativas de un tercer ordenamiento.

D) Capacidad procesal y capacidad delictual

El estatuto social rige, entre otras cosas, la capacidad jurídica y de obrar, y la capacidad de ser parte en el proceso o capacidad procesal (*locus standi)*. La

---

[233] Por ejemplo, en el Derecho suizo, según el artículo 551 OR, la disolución de la sociedad en nada cambia la responsabilidad personal, directa y solidaria de los socios frente a terceros.

[234] Desde esta perspectiva las normas relativas a la posibilidad de denuncia extraordinaria y de disolución de la sociedad por justo motivo, de un lado, así como aquellas que establecen la prohibición de vinculaciones de duración excesiva, que puedan constreñir la protección y libertad personales, de otro, han sido afirmadas como normas materiales imperativas o que afectan al orden público. *Vid.* L. HUBER: *Das Joint-Venture..., op. cit.*, pág. 135. No obstante, siempre sería preciso apreciar las circunstancias del caso. En cambio, y frente a estas limitaciones, por su carácter razonable sería difícil oponer el orden público a un acuerdo que someta la duración del acuerdo base a la misma duración de la sociedad *joint venture*.

participación en el tráfico del acuerdo base de *joint venture* con personalidad jurídica determina la posibilidad de que ésta pueda realizar actos comerciales ilícitos, sobre todo actos de competencia desleal o que provoquen restricciones a la competencia no permitidas. En estos casos, la determinación de la existencia de ilícito será determinada por la ley rectora de la responsabilidad extracontractual. Ahora bien, ¿qué ley decidirá -*lex societatis* o ley reguladora de la responsabilidad- si es la sociedad misma o las perosnas físicas que actúan en su nombre quienes resultan obligados por el ilícito? La doctrina alemana se inclina por la segunda posibilidad, solución que favorece la seguridad del tráfico en cuanto no estaría justificado que la posibilidad de reclamar quede limitada por la aplicación de la ley de la sociedad cuando la relación con ésta ha sido absolutamente involuntaria. Este Derecho no sería previsible[235]. En el sistema español, en defecto de una solución expresa, la doctrina se decanta por someter esta cuestión a la ley designada por el artículo 9.11 CC[236].

IV. OPONIBILIDAD DEL ESTATUTO DEL ACUERDO BASE CON PERSONALIDAD JURÍDICA

Incluso en defecto de una previsión específica en el ámbito del DIPr de sociedades, la necesaria congruencia de regulación con principios materiales sólidamente asentados en nuestro Ordenamiento, que incluso gravitan en la órbita

---

[235] No obstante, la doctrina suiza mantiene una matización a esta doctrina mayoritaria según la cual habría que distinguir dos clases de ilícitos. El estatuto de la sociedad sería aplicable cuando se trata de reclamaciones relativas a violaciones de normas societarias (por ejemplo, reclamaciones contra un reparto de dividendos no justificada), garantizándose de este modo el tratamiento igualitario de los acreedores. Cuando se trate de la contravención de disposiciones generales será de aplicación el estatuto delictual. *Vid.* L. HUBER: *Das Joint-Venture..., op. cit.*, págs. 141-142.

[236] En este sentido se sostiene que "en última instancia, la posibilidad de atribuir determinadas actuaciones a una persona jurídica no es algo natural sino derivado de una concreta regulación jurídica, y, con carácter general, es la *lex societatis* la que determina la vinculación de la sociedad por los actos de las personas que actúan en su nombre". *Vid.* R. ARENAS GARCÍA: "Ámbito de la *lex societatis*", *cit.*, pág. 241.

constitucional[237], mediatiza la efectividad de algunas de las soluciones que se han propuesto en razón de la eventual inoponibilidad del estatuto social[238]. Hablamos del

---

[237] No sería difícil anclar la imposibilidad de hacer valer el estatuto de la sociedad frente al tercero contratante que no ha podido conocerlo en principios de orden constitucional, singularmente el de seguridad jurídica que queda consagrado en el artículo 9.3 CE. El componente constitucional que incorpora esta temática ha sido puesto de relieve por G. GRASSMANN: *System des internationalen Gesellschaftsrechts...*, *op. cit.*, págs. 289-341, esp. págs. 321-341. También *vid.* W. von STEIGER: "Die einfache Gesellschaft...", *cit.*, pág. 28.

[238] En la actualidad la doctrina española discute sobre la posibilidad de residenciar en el artículo 10.8 Cc, y por tanto en la *excepción del interés nacional*, el régimen jurídico de la oponibilidad del estatuto de la sociedad en lo que concierne al aspecto de la representación. Contraria a esta posibilidad, *vid.* E. PÉREZ VERA: "Comentario al artículo 9.11 Cc", *Comentarios a las reformas del Código Civil*, Madrid, 1977, págs. 499-505. Favorable, *vid.* A.L. CALVO CARAVACA: "Comentario al art. 9.11 Cc.", *cit.*, págs. 507-508, quien considera que "el artículo 10.8 Cc. podría ser aplicado en relación a las personas jurídicas bien porque se entienda que el precepto no distingue entre personas físicas y jurídicas o bien porque proceda su aplicación analógica a las personas jurídicas, con lo que se da aplicación a la ley del lugar de celebración del acto jurídico". Esta orientación dirigida a vincular a la sociedad en más casos de los dispuestos por su ley personal es la acogida por la Resolución del *IDI* sobre las sociedades anónimas en DIPr que en su artículo 12 resuelve directamente esta cuestión. *Vid.* Anuario del IDI, vol. 51, II, págs. 266-267. En la actualidad, tras la entrada en vigor del Convenio de Roma, y frente a los problemas que podría generar la subsistencia del artículo 10.8 Cc exclusivamente en relación a las personas jurídicas, se ha afirmado que "la aplicación de la norma del Cc. no es inconsecuente, ya que el Convenio de Roma no regula los problemas de capacidad, excepción hecha de la prohibición de aplicación de una ley distinta a la del lugar de celebración del contrato contenida en el artículo 11 del Convenio, con lo que el artículo 10.8 Cc. en tanto que norma sobre la capacidad, será de aplicación preferente a dicho artículo 11" (*vid.* R. ARENAS GARCÍA en J.C. Fernández Rozas (editor) y otros: *Derecho del comercio internacional*, Madrid, Eurolex, 1996, págs. 240; *id.:* "La *lex societatis...*", *cit.*, págs. 19-20). El autor indica el interés que presentaría la existencia en el Derecho de origen autónomo de una norma que regule la excepción del interés nacional en relación a las personas jurídica dadas las dificultades para extender el ámbito del artículo 11 CR a las sociedades. Este resultado, sin embargo, ha sido alcanzado por la doctrina alemana, que mantiene la posibilidad de aplicar el artículo 12 del *EGBGB* (correspondiente al artículo 11 CR) también respecto a las personas jurídicas en razón de la necesaria protección del tráfico interno (*vid.* C.Th. EBENROTH: "Nach Art. 10", *cit.*, pág. 502. Dudando sobre esta posibilidad, *vid.* J. KROPHOLLER: *Internationales Privatrecht*, Tubinga, C.B. Mohr, 1994, pág. 476). Mediando en la polémica, a nuestro juicio cabría establecer dos ideas: a) de un lado, en razón de ciertos factores estructurales del sistema jurídico (*ad. ex.* la operatividad de la publicidad registral) el régimen de inoponibilidad del estatuto personal en el ámbito de las personas físicas y en el de las personas jurídicas no puede ser idéntico en cuanto tampoco opera de igual modo el principio de apariencia en uno y otro caso, lo que explica que la regulación del segundo supuesto no sea previsto por las normas citadas. Una aplicación analógica de esos preceptos no podría alterar la distinta estructuración del principio de apariencia en uno y otro caso; b) no obstante, incluso en defecto de una norma que expresamente establezca la inoponibilidad del estatuto social para rechazar la vinculación de la sociedad por el contrato celebrado, la actuación de los principios generales del Derecho que informan esta rama del Ordenamiento (artículo 1.4 Cc) puede prestar apoyo jurídico suficiente como para para recabar el efecto de la vinculación de la sociedad y para estimar inoponible el estatuto de la sociedad. En concreto, la proyección sobre el ámbito del DIPr. del efecto relativo de los contratos que reconoce nuestro ordenamiento y la prohibición del contrato en perjuicio de

principio de apariencia[239] que, asociado a la prohibición del contrato en perjuicio de tercero, determinan *la falta de eficacia frente al tercero de buena fe del régimen jurídico extranjero de la sociedad base*, haciendo así inaplicable el Derecho designado por la norma de conflicto[240]. En relación con las posibilidades operativas

---

tercero (*vid.* artículo 1257 Cc) bastarían para excluir la posibilidad de invocar frente al tercero la incapacidad derivada del estatuto de la sociedad, siempre que el principio no pueda ser excepcionado por la existencia de una clara publicidad registral. Una vez más los principios del orden material aparecen colmando las eventuales lagunas que aparecen en el ámbito del DIPr. Señalando en parte estas ideas, *vid.* W.H. MEIER: *Die einfache Gesellschaft...*, *op. cit.*, pág. 134, en cuyas palabras, *...ist vom axiomatischen materiellrechtlichen Grundsatz auszugehen, dass keine Verträge zu Lasten Dritter abgeschlossen werden können. Wenn dieser Grundsatz nun analog im Kollisionsrecht angewandt wird, so wäre zu prüfen, ob durch Rechtwahl der Gesellschafter einer einfachen Gesellschaft ein Dritter in diesem Sinne belastet wird.* Como buen ejemplo de sistema desarrollado de forma adecuada en este punto se presenta la regulación contenida en la ley suiza de DIPr, que establece una norma de inoponibilidad en su artículo 158, bajo cuyo tenor: "*La société no peut pas invoquer des restrictions du pouvoir de représentation d'un organe ou d'un représentant qui sont inconnues du droit de l'Etat de l'etablissement ou de la résidence habituelle e l'autre partie, à moins que celle-ci n'ait connu ou dû connaitre ces restrictions*".

[239] Tal y como este principio viene siendo entendido en el ámbito interno, "la oponibilidad de los pactos sociales frente a terceros contractuales no puede quedar vinculada a la realidad jurídica que no hayan conocido en el momento de contratar, sino a la apariencia tipificada por el ordenamiento en la que hayan podido confiar" (*vid.* C. PAZ ARES: "Comentario al artículo 1669 Cc", *cit.*, págs. 1363-1364). Se trata de un principio que tiene trascendencia en el ámbito interno y en el internacional. En el interno, impidiendo que pactos materiales entre los socios puedan oponerse a los terceros de buena fe que no los conozcan. En el de DIPr., excluyendo la posibilidad de que la sociedad pueda hacer valer su estatuto en la medida en que no haya podido resultar conocido por el tercero contratante.

[240] En este momento conviene quizás valorar las conclusiones que adopta la tesis de la diferenciación auspiciada por G. GRASSMANN: *System des internationalen Gesellschaftsrechts*, *op. cit.*, págs. 393 y ss, quien, para la determinación de la ley aplicable a las relaciones externas de la sociedad, mantiene una triple posibilidad constituida por la ley del estatuto de la sociedad *(Gesellschaftsstatut)*, la ley del contrato celebrado con el tercero *(Vertragsstatut)*, o bien la ley del lugar de celebración del contrato *(Vornahmestatut)*, aplicándose por el juez, de oficio, la más favorable para los terceros y para el tráfico. A nuestro juicio, sin embargo, estas posibilidades encuentran su sede más apropiada en el ámbito de los principios de eficacia y de oponibilidad del estatuto social que se han descrito, sin determinar, por el contrario, modificaciones en el estatuto aplicable a la responsabilidad o a la representación. Criticando esta tesis desde la perspectiva del interés de la comunidad de los acreedores a su tratamiento uniforme y localizando expresamente esta temática en el ámbito de las cuestiones de oponibilidad, *vid.* W.H. MEIER: *Die einfache Gesellschaft...*, *op. cit.*, págs. 133-136. Según la tesis de la diferenciación, por ejemplo, algunos acreedores de una *société civil* francesa, según las circunstancias, podrían aprovechar la responsabilidad solidaria de los socios que establece el Derecho suizo (Art. 544 3 OR) mientras que el resto de acreedores sólo podría hacer valer la responsabilidad *pro parte virili* (mancomunada) que es característica de la sociedad civil francesa.

del acuerdo base de *joint venture*, la intervención del principio de apariencia puede comportar importantes modificaciones en los regímenes de capacidad de obrar, de responsabilidad así como de representación en la medida en que no podría oponerse un régimen menos favorable, o más severo, que el dispuesto por la ley respecto de la cual se haya generado esa apariencia. Por ejemplo, no podría oponerse la necesidad de una actuación conjunta de todos los socios para realizar cualquier acto con eficacia externa cuando según el régimen dispositivo del lugar de la contratación esta administración y representación corresponda a cada socio de forma separada. O por ejemplo, no podría oponerse la responsabilidad mancomunada de los socios cuando la ley del lugar de contratación, en su régimen legal, contempla la responsabilidad solidaria de aquéllos. Tampoco podría hacerse valer una limitación de la responsabilidad de uno de los socios que sea válida a la luz de la ley de la sociedad o un pacto de limitación de la responsabilidad de uno de ellos a cierta cuantía. En la medida en que la responsabilidad sea más estricta en la ley de la residencia habitual del tercero de buena fe no prosperará la invocación del estatuto de la sociedad.

Las circunstancias a las que queda sometida la actuación del principio de apariencia han de derivarse también del sistema de Derecho material. Con carácter general, *en la medida en la que el tercero contratante con la sociedad no haya podido conocer el régimen jurídico extranjero que correspondía a la sociedad en el momento de contratar, y en cambio haya podido confiar en la aplicación de la ley española, ello determinará la inoponibilidad del estatuto social más severo que puedad establecer el estatuto social*[241]. Enseguida ha de advertirse que la inoponibilidad del estatuto social extranjero no es correlativa a la ubicación en

---

[241] La apariencia no vendría dada por una declaración inexacta en la que confíe el tercero, sino por la declaración omitida, que induce al tercero a pensar que los pactos sociales son los normales, es decir, los establecidos por el derecho dispositivo del país en el que contrata.

España del centro de explotación o del centro directivo de la sociedad, aunque estos elementos pueden ciertamente funcionar a modo de presunciones del desconocimiento requerido. Esta presunción podría también operar cuando, desde la perspectiva del tercero, no haya existido razón para considerar que la contratación realizada no tenía carácter homogéneo, lo que podrá observarse, sobre todo, cuando no haya existido actividad especial por su parte dirigida a contratar con una sociedad extranjera[242]. No sería inoponible, por el contrario, cuando el tercero haya prestado en el contrato su conformidad a la aplicación del estatuto que rige la responsabilidad[243]. No creemos, por último, al menos en nuestro ordenamiento, que el tercero contratante pueda invocar también el efecto representativo del estatuto de la representación voluntaria, dada la existencia de normas diversas para uno y otro caso[244].

---

[242] En esta medida pueden resultar de utildad los desarrollos que se efectuaron con anterioridad en relación a la eficacia de la conexión de mercado en el ámbito de las conexiones objetivas en materia de contratos (*vid. supra* Capítulo Cuarto, II, 2, B.

[243] Mayores dudas podría suscitar la posible aceptación tácita que se podría producir siempre que el tercero hubiera podido tener conocimiento, en el momento de la celebración del contrato, del carácter extranjero del estatuto de la sociedad, valoración que podrá suscitar mayor complejidad. En este sentido *vid.* W.H. MEIER: *Die einfache Gesellschaft...*, *op. cit.*, pág. 134; G. GRASSMANN: *System des internationalen Gesellschaftsrechts...*, *op. cit.*, págs. 289-341, especialmente págs. 321-322. Por otra parte, a ese respecto podría contar el grado de exigencia que sea posible requerir del contratante. En este sentido, no sería evidente porqué razón el tercero que contrata con la sociedad estaría obligado a informarse sobre la posición jurídica de una sociedad extranjera. Al contrario, podría justificarse la obligación de la sociedad que opera fuera del país de su nacionalidad de investigar la situación jurídica de este país. A través de su actividad fuera del país de su nacionalidad, la sociedad crea una fuente de peligro para el tráfico jurídico de los Estados en los que opera. Desde el principio jurídico general de que aquél que crea un riesgo también queda obligado a garantizar los perjuicios sobre los terceros, podría imputarse a la sociedad este riesgo. Y en todo caso, en la medida en que pueda acreditarse la existencia de mala fe por parte del cocontratante -la buena fe se presume- no podría prosperar la inoponibilidad. Especialmente no se podrá oponer el estatuto social del lugar de celebración del contrato cuando haya existido en este país una publicación de la sociedad en un registro oficial del Estado en el que se concluyen los negocios con los terceros en cuanto las disposiciones legales sobre la publicidad mercantil en este caso harían quebrar el principio del desconocimiento.

[244] No obstante, *cfr.* L. HUBER: *Das Joint-Venture...*, *op. cit.*, pág. 131. Para el autor, el criterio determinante de la posibilidad de invocar el artículo 126 de la ley suiza de DIPr., norma de conflicto en materia de representación voluntaria, es el hecho de que la representación haya sido debidamente inscrita en un registro. Desde los parámetros de nuestro ordenamiento, el hecho mismo de la actuación en nombre de la sociedad ya determina la imposibilidad de invocar las normas de la representación voluntaria dado el carácter resuelta y manifiestamente orgánico de este tipo de

V. ESTATUTO CONTRACTUAL DEL ACUERDO BASE DE *JOINT VENTURE* CON PERSONALIDAD JURÍDICA: SIGNIFICADO PARA LA CONSTRUCCIÓN DE LA *JOINT VENTURE*

En el ámbito de aplicación que el Convenio de Roma posee en el sector de las sociedades, los socios ostentan la libertad concedida por el artículo 3 de ese instrumento para designar la ley aplicable a las distintas relaciones que puedan surgir entre ellos, así como las de éstos con la sociedad. Esta circunstancia brinda grandes posibilidades para la construcción jurídica de un contrato tan complejo como el de *joint venture,* en cuanto los participantes, de un lado, podrán designar para regir el contrato un Derecho distinto del aplicable a los aspectos con relevancia externa y, de otro, podrán realizar designaciones fraccionadas de ley aplicable para someter cuestiones puntuales, como los compromisos de aportación singulares a favor de la sociedad *joint venture*[245] o los pactos de accionistas contenidos en el contrato, a Derechos diferentes del aplicable al conjunto del contrato. En principio, pues, y conforme a las ideas que se dijeron con anterioridad, este contrato podrá regirse por un Derecho distinto del aplicable a las cuestiones sociales externas que haya sido determinado conforme a la norma de conflicto en materia de sociedades. Estas posibilidades ofrecen gran interés a la hora de la construcción jurídica del acuerdo base en cuanto que, a veces, la aplicación de la ley del participante interesado puede

---

representación. Cuestión distinta es que el participante haya actuado en nombre del resto de los socios y no en nombre de la sociedad, en cuyo caso sí que podría regir el mecanismo de la representación voluntaria.

[245] *Vid.* G. GRASSMANN: *System des internationalen Gesellschaftsrechts, op. cit.*, págs. 534-540, esp. pág. 536. Como señala el autor, a veces el único modo posible para incentivar a participar en la sociedad a uno de los socios podría ser el sometimiento de la obligación de prestación material que deba efectuar al Derecho propio. No existiría inconveniente cuando se trata de una regulación dispositiva y los socios están de acuerdo.

erigirse en condición para la conclusión del contrato. Se ofrecen, de este modo, posibilidades de construcción amplias a los participantes.

En defecto de designación de ley aplicable por los socios, el régimen jurídico del contrato de sociedad debe ser determinado conforme a las reglas de localización objetiva que prevé el Convenio de Roma[246]. Ante todo, hay que decirlo claramente, la aplicación de la ley de la sociedad en este caso viene llamada como *lex contractus*, por lo que su elección deberá venir presidida por los principios que informan la designación objetiva de ley aplicable y transcurrir a través del análisis de los intereses de las partes determinantes de la proximidad de la relación jurídica en cuestión con un país (*ad. ex.* regulación más conocida o esperada por las partes, interés en la exclusión de un fraccionamiento del contrato). En principio, pues, la virtud de un estatuto unitario sin peligro de desajustes entre normas conducirá, por regla general, a someter estas relaciones al estatuto social, que podría encontrar su mecánica aplicativa a través de una suerte de conexión accesoria actuable mediante

---

[246] No podría entenderse que dejan de regir las normas del Convenio de Roma en la designación objetiva de la ley aplicable a las mismas. A decir verdad, esta posibilidad derivaría de un entendimiento distinto de la elección de ley realizada por las partes. En efecto, la posibilidad de que las partes elijan un ordenamiento jurídico para la regulación de sus relaciones internas en el ámbito de la sociedad podría ser entendida como verdadera autonomía conflictual, o como simple autonomía material. Lejos de su alcance meramente teórico, una y otra solución determinan importantes divergencias. Aparte de otras relacionadas con la naturaleza de una y otra designación (*ad. ex.* petrificación del ordenamiento jurídico incorporado), la fundamental consecuencia práctica aparece en el régimen jurídico de estas relaciones en defecto de elección de ley. Mientras en un caso serían de aplicación las soluciones de carácter dispositivo propuestas por la legislación del Derecho de sociedades aplicable, en el otro, el régimen jurídico de estas relaciones queda sometido a las conexiones objetivas dispuestas por el Convenio de Roma, abriéndose la posibilidad no sólo de una disociación entre la ley aplicable al contrato de sociedad y la ley que rige los aspectos sociales externos (sobre este extremo *vid. supra)* sino, igualmente, de un fraccionamiento objetivo del contrato de sociedad. Desde la interpretación funcional que hemos propuesto para el apartado e) del artículo 1.2 C, sólo un entendimiento de esta designación de ley como verdadera autonomía conflictual engarzaría con la intención del instrumento convencional. Cuestión distinta será que la determinación objetiva de ley aplicable al contrato de sociedad pueda concretarse, según los casos, en el Derecho que es aplicable a los aspectos externos de la misma, mediante la localización del contrato en el país de su sede.

el párrafo quinto del artículo 4 del Convenio[247]. No obstante, por aquellas mismas razones no podría descartarse, a la vista siempre del análisis de los intereses en presencia en las concretas circunstancias, la posibilidad de someter el contrato a un Derecho distinto o incluso de un fraccionamiento objetivo. A nuestro juicio esta posibilidad quedaría autorizada sobre todo en idénticos casos a los que esta posibilidad ha de acordarse cuando el contrato de *joint venture* se ciñe a estructurar un vínculo interno entre los participantes, y ello en atención a la identidad sustancial de los intereses que aparecen en uno y otro caso.

---

[247] En caso de falta de designación de la ley aplicable al contrato de sociedad, la constatación de la voluntad de las partes no ofrecería dificultades en el registro obligatorio de la sociedades corporativas (*Körperschaften*), y de las sociedades de personas (*Personengesellschaften*). De las formalidades requeridas para la creación de la sociedad podría colegirse, en defecto de elección de ley, la voluntad de las partes en el contrato de sociedad de someter las relaciones internas al ordenamiento jurídico del Estado en el que se registra la sociedad. En caso de sociedades no registradas, que es el que aquí interesa, habrá que buscar el centro de gravedad de la relación. Para estos casos, G. GRASSMANN señala que en primer lugar podría estarse al centro de negocios y al lugar de la actividad de los socios (*Geschäftszentrum und der Ort der Betätigung der Gesellschafter*), y, subsidiariamente, a la ley del lugar en el que los socios tienen que suministrar sus prestaciones, al lugar de celebración del contrato o al de residencia de las partes. El criterio de la sede de la sociedad no sería por tanto la conexión prevalente siendo por tanto determinante la voluntad de las partes (G. GRASSMANN: *System des internationalen Gesellschaftsrechts*, *op. cit.*, págs. 497-498).

Capítulo Sexto

ESTATUTO DE LA SOCIEDAD *JOINT VENTURE*

I. LEY APLICABLE A LA SOCIEDAD *JOINT VENTURE*: EXÉGESIS DEL ARTÍCULO 5 LSA Y DEL ARTÍCULO 6 LSRL

Por las variadas razones que se expusieron con anterioridad[191] resulta aconsejable que la sociedad *joint venture* se conforme como sociedad de responsabilidad limitada, siendo frecuente la utilización de la sociedad anónima y de la sociedad de responsabilidad limitada[192]. En este punto conviene recordar que nuestro sistema de DIPr previene reglas de atribución de nacionalidad especiales para las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, que marginan en estos casos los criterios generales de atribución de *nacionalidad* establecidos en el artículo 28 Cc, cuyo examen fue esbozado en las páginas anteriores. Al contrario de su predecesora, la nueva Ley de Sociedades Anónimas (LSA)[193] incorpora en su artículo 5 los criterios atributivos de la nacionalidad española a tales sociedades y, de igual modo, la Ley reguladora de las Sociedades de Responsabilidad Limitada (LSRL)[194] ha hecho acopio en su artículo 6 del sistema de atribución de nacionalidad diseñado con anterioridad para las primeras. La determinación del estatuto personal de la sociedad *joint venture* pasa por la necesidad de descubrir el criterio que siguen estas normas para atribuir la nacionalidad a las sociedades[195]. Dado que el tema ha sido

---

[191] *Vid. supra* Capítulo Primero, III, 2, D.

[192] No se excluye, aunque será bastante infrecuente, que la sociedad *joint venture* pueda adoptar una forma social de otro tipo, en cuyo caso, para determinar la atribución de la nacionalidad española habrá de estarse a la solución contenida en el artículo 28 Cc.

[193] Texto refundido de la ley de sociedades anónimas aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre dictado al amparo de la disposición final primera de la Ley 19/1989, de 25 de julio. *BOE* núm.310 de 27 de diciembre de 1989 y núm. 28 de 1 de febrero de 1990.

[194] Ley 2/1995 de 23 de marzo de sociedades de responsabilidad limitada. *BOE* núm. 71, de 24 de marzo.

[195] Como se dijo con anterioridad, y a pesar de lo inapropiado que resulta, para la determinación del estatuto de aquellas sociedades que no son españolas resulta preciso hacer recurso a los criterios

objeto de atención específica por variados trabajos[196], nos limitaremos a exponer, de forma concisa, los rasgos básicos de este régimen, tratando de puntualizar las consecuencias más acuciantes que de él derivan para las sociedades *joint venture*.

---

ofrecidos por la *lex causae* al no adoptar nuestro sistema una perspectiva conflictual en relación a este tema sino, al contrario, la propia del Derecho de nacionalidad. *Vid. supra.* De otro lado, toda vez que la constitución de la sociedad suele requerir la intervención de una autoridad que homologue su efectiva constitución, sin la cual no surge con la personalidad jurídica específica pretendida, es en relación a este tipo de sociedades donde aparece la problemática específica del reconocimiento. En la actualidad esta cuestión ha perdido gran parte de su virulencia pasada al afirmarse la imposibilidad de disociarla de la determinación del estatuto de la sociedad, no constituyendo pues un problema particular como ha pretendido la llamada *doctrina del reconocimiento*. Formulando estas ideas, *vid.* B. GROßFELD: "Zur Geschichte der Anerkennungsproblematik bei Aktiengesellschaften", *RabelsZ*, 1974, págs. 244-271; L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA y A.L. CALVO CARAVACA: *Derecho mercantil internacional, op. cit.*, págs. 203-205. No obstante, ello no impide que en la actualidad pueda seguir hablándose de reconocimiento de las sociedades, aunque entendiendo sólo por ello la verificación de la válida constitución de la sociedad conforme al ordenamiento jurídico que rige su estatuto personal. Por otra parte, el reconocimiento de las sociedades ofrece sus aspectos más sobresalientes cuando se trata de sociedades cuya creación requiere un procedimiento de homologación, de carácter constitutivo, ante una autoridad. En relación a otro tipo de sociedades cuya constitución se produce de pleno Derecho, y ha quedado ya dicho, realmente no se trata de un problema de reconocimiento de la sociedad sino de una cuestión de ley aplicable, en concreto, de la determinación del estatuto personal de la sociedad. En nuestro ordenamiento, el artículo 9.11 Cc aparece desde esta perspectiva como norma que resuelve implícitamente el problema del reconocimiento de las personas jurídicas extranjeras (*vid.* J.L. IGLESIAS BUHiGUES: "Reconocimiento de las sociedades y personas jurídicas en la CEE y en Derecho español", *AESJ*, Escuela Social de Granada, vol. VI, 1977, pág. 168). No obstante, dado que el tema sigue suscitando recelos en relación a los entes de finalidad no lucrativa, no es extraño que se le haya dedicado un precepto *ad hoc* en alguna codificación reciente de DIPr. (*vid.* el artículo 43 de la ley rumana de DIPr).

[196] Los trabajos que de forma singular han abordado el análisis del artículo 5 LSA, cuya utilidad se extiende hoy también al ámbito de la LSRL, son numerosos. Entre ellos, *vid.* J.M. BLANCO FERNÁNDEZ: "La nacionalidad de la sociedad en la Ley de Sociedades Anónimas", *RDM*, 1992, núms.203-204, págs. 245-276; A.L. CALVO CARAVACA: "Las sociedades de capital en el tráfico jurídico internacional", *RGD*, 1988, págs. 3679-3701; M. CHECA MARTÍNEZ: "La ley 19/1989 de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil en materia de sociedades: La nacionalidad de la sociedad anónima", *REDI*, 1989, págs. 662-664; J.J. PRETEL SERRANO: "Nacionalidad y domicilio de la Sociedad Anónima", *AAMN*, tomo XXX, vol.I, 1991, págs.187-190; F. SÁNCHEZ CALERO: "La nacionalidad de la Sociedad Anónima", *RdS*, 1993, año I, núm. 1, págs. 45-60. El tema ha sido también objeto de nuestra consideración en otros trabajos (*vid.* J. CARRASCOSA GONZÁLEZ y F. ESTEBAN DE LA ROSA: "La persona jurídica", *cit.*, págs. 70-74; F. ESTEBAN DE LA ROSA: "Nacionalidad de las sociedades mercantiles", en J.C. Fernández Rozas (editor) y otros: *Derecho del comercio internacional, cit.*, págs. 222-232).

Para la exégesis del artículo 5 de la LSA[197] se ha reparado, en primer término, en el hecho de que esta norma establece como criterio atributivo de la nacionalidad española la *teoría de la sede o domicilio social*. En consecuencia, entendido el domicilio como una más de las menciones estatutarias preceptivas (art. 9.e LSA), en principio podría parecer que basta que los estatutos fijen en España el domicilio de la sociedad para determinar su nacionalidad española y la aplicación de la LSA/LSRL. En la práctica, sin embargo, al descartarse la viabilidad de que sociedades constituidas conforme a un ordenamiento extranjero localicen en España su domicilio principal, o que trasladen a España su domicilio sin convertirse por ello en sociedades españolas[198], nuestro ordenamiento, de facto, atribuye la nacionalidad

---

[197] El artículo 5 del texto refundido de la ley de sociedades anónimas dispone: Artículo 5. Nacionalidad.- 1. Serán españolas y se regirán por la presente Ley todas las sociedades anónimas que tengan su domicilio en territorio español, cualquiera que sea el lugar en que se hubiesen constituido. 2. Deberán tener su domicilio en España las sociedades anónimas, cuyo principal establecimiento o explotación radique dentro de su territorio".

[198] En la actualidad, y aunque este efecto parece producirse de forma sustancialmente idéntica, sí habría de quedar modificada la justificación legal del mismo a la vista de la redacción del artículo 81.1 l) del nuevo RRM de 19 de julio de 1996. En la explicación que se solía dar del tema, para descartar la posibilidad de que una sociedad constituida conforme a un ordenamiento extranjero pudiese tener nacionalidad española se invocaba, entre otras razones, una interpretación *a sensu contrario* del artículo 81.1 del RRM de 29 de diciembre de 1989 (en la actualidad derogado). Entre los sujetos sometidos a obligación de inscripción obligatoria se contaban en la legislación anterior tanto las "sucursales de sociedades extranjeras" como "las sucursales extranjeras que trasladen su domicilio a territorio español" sin que quedara previsto, por tanto, la posibilidad de inscripción para las sociedades extranjeras (*vid.* J.J. PRETEL SERRANO: "Nacionalidad...", *cit.*, págs. 220-222; A.L. CALVO CARAVACA: "Comentario al art. 9.11 Cc.", *cit.*, págs. 487-491. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ y F. ESTEBAN DE LA ROSA: "La persona jurídica", *cit.*, págs. 71-72; F. ESTEBAN DE LA ROSA: "Nacionalidad...", *cit.*, pág. 224). En la actualidad, sin embargo, la letra l) del artículo 81.1 RRM menciona a "las sociedades extranjeras que trasladen su domicilio a territorio español". Con todo, no parece que esta modificación haya podido interferir en el régimen de nacionalidad teniendo en cuenta que, de hecho, *las sociedades extranjeras que trasladen su domicilio a España* vienen obligadas por el propio Reglamento a constituirse conforme a la ley española, tal y como se desprende del artículo 309 del nuevo texto (en coincidencia con el artículo 273 del antiguo) y bajo cuyo tenor "1. Cuando un empresario o entidad extranjera inscribible con arreglo a la legislación española traslade su domicilio a territorio nacional se harán constar en la primera inscripción todos los actos y circunstancias que sean de consignación obligatoria conforme a la normativa española y se hallen vigentes en el registro extranjero. Dicha inscripción se practicará en virtud de certificación literal o traslado de la hoja o expediente del registro extranjero. 2. Será preciso, además, el depósito simultáneo en el Registro mercantil de las cuentas anuales correspondientes al último ejercicio". En este sentido, *vid.* R. ARENAS GARCÍA: *Acceso del empresario al Registro Mercantil y DIPr*, Barcelona, 1996, págs. 16 y 112, para quien "resulta claro

española a las sociedades que se constituyan válidamente conforme a la ley española, lo que exige su inscripción en el RRM[199], sin que el dato de la domiciliación real en España sea decisivo[200]. Descartada aquella posibilidad, el criterio del domicilio social

---

que, una vez inscrito el domicilio en España de la sociedad, ésta pasará a tener la nacionalidad española y a regirse, *ex*
artículo 9.11 Cc, por el Derecho español". Por el contrario, y puede seguir afirmándose, las sociedades que regulan la LSA y la LSRL no aparecen con más posibilidad que la de situar su domiliación en España (*vid.* artículo 6 LSA, artículo 7 LSRL y artículo 120 RRM).

[199] Aunque haya podido ser algo perturbadora, para comprender correctamente el inciso final del artículo 5.1 LSA (*cualquiera que sea el lugar en que se hubieren constituido)* es preciso escindir netamente los dos momentos fundamentales que intervienen en la constitución de la sociedad, a saber, el otorgamiento de la escritura de constitución y su inscripción en el registro mercantil (*vid.* artículo 7 LSA). Ningún problema plantea la posibilidad de que la escritura de constitución de la sociedad se otorgue en el extranjero, bien sea ante Cónsul en el extranjero o ante un funcionario público extranjero, sin ser precisa pues una escritura pública española al operar el principio de equivalencia (*vid.* R. ARENAS GARCÍA: "La *lex societatis...*", *cit.*, págs. 16 y 25). Por el contrario, y al menos en la situación actual de nuestra legislación societaria, resulta ciertamente difícil contemplar la posibilidad de que una sociedad española pueda culminar el proceso de su constitución en el extranjero mediante la inscripción en un registro que no sea el Registro Mercantil español. (No obstante, *vid.* F. SÁNCHEZ CALERO: "La nacionalidad...", *cit.*, pág. 50). Y no sólo porque la legislación extranjera impida la inscripción de sociedades que no sitúen en el país la mención estatutaria del domicilio social, sino porque, incluso admitiéndose esa posibilidad, como certeramente ha señalado recientemente R. ARENAS GARCÍA (*ibid*, pág. 25), resulta difícil creer "que esta inscripción pudiese cumplir el requisito del artículo 7 de la LSA y 11 LSRL, que parecen pensar en el Registro español, único que permite cumplir con la funicón de publicidad que pretende esta norma".

[200] En efecto, a la luz del sistema tampoco la localización en el extranjero del principal establecimiento o explotación de la sociedad constituida conforme a la ley española se erige en motivo determinante de su extranjería. La localización de la sede real no sólo escapará normalmente a la calificación notarial y registral en el momento de la constitución sino que, incluso en este caso, ni el artículo 34 LSA (artículo 16 LSRL), relativo a las causas de nulidad de la sociedad, ni el artículo 260 LSA (artículo 104 LSRL), que contiene las causas de disolución, asocian tales efectos a la radicación de la sede real de la sociedad en el extranjero, disposiciones cuya inspiración general augura la conveniencia de una interpretación restrictiva. No sería acertado anudar el efecto de la nulidad o disolución de la sociedad a la contravención de otros preceptos como el artículo 120 RRM en el que se dispone que "en los estatutos se consignará el domicilio de la sociedad, que habrá de radicar en el lugar del territorio español en que *se prevea* establecer el centro de su efectiva administración y dirección o su principal establecimiento o explotación". La ubicación en el extranjero de la sede real sólo determinará la posibilidad, para los terceros, de invocar esta sede como domicilio, en aplicación analógica de los artículos 6 LSA y 7 LSRL, domiciliación que podrá alcanzar al sector de la competencia judicial internacional (*vid.* art. 53 del convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968). Ideas que hemos expresado en un trabajo anterior (*vid.* F. ESTEBAN DE LA ROSA: "Nacionalidad...", *cit.*, págs. 225-226).

implica, pues, la constitución de la sociedad con arreglo a la ley española[201].

En segundo término, el artículo 5.2 de la LSA *obliga* a fijar el domicilio estatutario en España a las sociedades cuyo principal establecimiento o explotación radique dentro de territorio español[202]. En la práctica, el artículo 5.2 LSA producirá como efecto *el no reconocimiento de todas aquellas sociedades que, constituidas con arreglo a un Derecho societario extranjero, localicen en España su establecimiento o explotación principal*[203]. En conclusión, del sistema podrían

---

[201] *Vid.* M. CHECA MARTÍNEZ: "La ley 19/1989...", *cit.*, págs. 662-664; A.L. CALVO CARAVACA: "Comentario al art. 9.11 Cc.", *cit.*, págs. 489-490; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ y F. ESTEBAN DE LA ROSA: "La persona jurídica", *cit.*, pág. 71; F ESTEBAN DE LA ROSA: "Nacionalidad...", *cit.*, pág. 224.

[202] El legislador español persigue de este modo garantizar la imperatividad del Derecho societario español, evitando la *fuga de sociedades* de nuestro ordenamiento que se podría producir mediante la fijación fraudulenta de sedes ficticias en el extranjero, señaladamente en los llamados *países oasis*. La aplicación del artículo 5.2 LSA (artículo 6.2 LSRL) podrá suscitar complejos problemas dado el referente fáctico al que se anuda la intervención del precepto. El precepto plantea la necesidad de concretar lo que deba entenderse por *establecimiento* y *explotación principal* de la sociedad. El elemento de frase aludiría a dos realidades diferentes a fin de asegurar la imperatividad del Derecho español cuando la sede real administrativa se encuentre en este territorio, y cuando aquí radique la explotación principal, en el sentido de lugar de sus actividades principales (A.L. CALVO CARAVACA: "Las sociedades de capital...", *cit.*, págs. 3679-3701). Se trata de conceptos propios del DIPr., empleados a los solos efectos de atribuir la nacionalidad española a las sociedades y no a otros efectos (fiscales, registrales, procesales, etc.). El legislador ha utilizado un referente de carácter fáctico, de no siempre fácil verificación dado el carácter esencialmente dinámico y mutable de la realidad que aprehende. El intérprete, en su caso el juez, deberá operar con índices de carácter mercantil y empresarial como el volumen de negocios del establecimiento en relación con el correspondiente a la sociedad, el carácter de centro productivo básico u organizativo de la empresa, etc. De otro lado, el momento de la calificación registral operada en el momento de la inscripción, por ejemplo, de una sucursal, puede no ser apropiado para verificar la existencia de establecimiento o explotación principal en España, dado que en este momento los datos fácticos escaparán normalmente al registrador. Resultará más apropiado considerar el dato con ocasión de un litigio en el que se desenvolverá la necesaria actividad probatoria relativa a la existencia en España de establecimiento o explotación principal de la sociedad.

[203] La localización en España del principal establecimiento o explotación de la sociedad comporta la determinación de la ley española como aplicable y su no reconocimiento, al no haberse constituido válidamente conforme a la ley que rige su estatuto personal. Por ello puede afirmarse que el artículo 5.2 LSA es una norma de *doble funcionalidad:* la disposición actúa directamente como norma de reconocimiento; indirectamente, también, como norma de ley aplicable. Indicando al artículo 5 LSA como norma de reconocimiento, *vid.* R. ARENAS GARCÍA: "La *lex societatis...*", *cit.* pág. 12. Con todo, la experiencia comparada hace ver la conveniencia de establecer, para estos casos, efectos distintos al no reconocimiento de la sociedad. En este sentido, resulta paradigmática la ley suiza de

DIPr que, partiendo del sistema de la incorporación (artículo 154), determina la aplicación del Derecho suizo de sociedades a las cuestiones de responsabilidad de las personas que actúan por la sociedad cuando se trate de sociedades cuyas actividades queden ligadas estrechamente con el país (*pseudo foreign corporations)*, permitiendo que el resto de las cuestiones puramente internas puedan regirse por el estatuto de la incorporación. Señalando la conveniencia de este sistema *vid.* F.E. KLEIN: "Die gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen...", *cit.*, págs. 93-97. Mas podría cuestionarse si, ? la vista del marco de la integración europea y, en concreto, de la armonización operada mediante las directivas en materia de sociedadess, no sería oportuno mitigar el rigor de la sanción de no reconocimiento incluso en estos aspectos, en cuanto que la idea de protección que incorpora la teoría de la sede real habría perdido parte de su vigencia (*vid.* B. WORTMANN: *Durchgriffshaftung...*, *op. cit.*, pág. 85).

En la actualidad resulta cuestión controvertida si el criterio de la sede real (*Sitztheorie)* que mantienen algunos países de la Unión Europea, entre ellos el nuestro, como criterio de conexión en materia de sociedades puede o no considerarse compatible con la libertad de establecimiento de las personas jurídicas y sociedades que reconoce el artículo 58 TUE. Para la primera posición, el artículo 58 TUE y la jurisprudencia del TJCE (singularmente la STJCE de 27 de septiembre de 1988 (Asunto 81/87, *The Queen c. H.M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust PLC*, *Rec.* 1988, págs. 5459-5514. *Vid.* las notas de C. CARLI: *Rivista di diritto europeo*, 1988, pág. 128; M.CH.BOULARD LABARDE en *Journ.dr.int.*, 1989, págs. 428-431; J.VAN HOORN: *Diritto e pratica tributaria*, 1989, pág. 377; J. LEVER: *Common Market Law Review*, 1989, pág. 331; W.EBKE Y M.GOEKEL: *The international Lawyer*, 1990, pág. 239 y F. CAPELLI: *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1990, pág. 50), habría descartado el criterio de la sede real en el ámbito de los países de la Unión, dada la obligación de todo Estado miembro de no limitar la libertad de establecimiento, y por tanto de reconocer, a las sociedades válidamente constituidas conforme a la normativa de un Estado miembro, siempre que posean una suficiente vinculación comunitaria. El artículo 58 TUE constituiría, pues, una norma implícita de reconocimiento. Así, por ejemplo, el ordenamiento español no podría aplicar la ley española para dejar de reconocer a una sociedad constituida válidamente conforme al sistema jurídico británico pese a tener su establecimiento o explotación principal en nuestro territorio. En esta dirección, *vid.* J.M. BLANCO FERNÁNDEZ: "La nacionalidad...", *cit.*, págs. 255-256; F. SÁNCHEZ CALERO: "La nacionalidad...", *cit.*, págs. 53-54.Otro sector, al contrario, afirma un alcance más restringido para el artículo 58 TUE, que no regularía ni prejuzga la nacionalidad de las sociedades que gozan de la libertad de establecimiento y, aunque lo presupone, en términos estrictos no constituiría una norma de reconocimiento, para el cual, por otra parte, existe un convenio en elaboración (*vid.* art. 220.3 TUE). *Vid.* C.Th. EBENROTH: "Nach Art. 10", *cit.*, pág. 479; A.L. CALVO CARAVACA: "Comentario al art. 9.11 Cc.", *cit.*, págs. 482-483. Al amparo de esta temática se viene desarrollando en la actualidad una enconada pugna doctrinal cuyos visos de solución no se advierten cercanos y que, por otra parte, desborda el propósito de este trabajo. No obstante, para una aproximación reciente al tema, con un detenido examen de los cánones a proseguir en la interpretación del artículo 58 TUE en el que cabe encontrar la práctica totalidad de las claves para el entendimiento y la posible solución del tema, *vid.* E. BRÖDERMANN y H. IVERSEN: *Europäisches Gemeinschaftsrecht und Internationales Privatrecht*, Tubinga, J.C.B. Mohr, 1994, págs. 60-165. Resulta al contrario más claro que el artículo 58 TCEE descarta, en su ámbito de aplicación, el criterio atributivo de nacionalidad basado en el control, lo que ha sido confirmado por los Programas Generales para la supresión de las restricciones a la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, dictados por el Consejo de la CEE el 18 de diciembre de 1961. El régimen de extranjería de sociedades debe entenderse abrogado con carácter general en relación a las sociedades comunitarias beneficiarias de la libertad de establecimiento y prestación de servicios, siempre que su aplicación, ya de modo excepcional, no se funde en razones de orden público, seguridad y salud públicas (art. 56 TUE), o más en general, se trate de actividades relacionadas con el ejercicio del poder público

extraerse dos ideas claras: serán españolas las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada constituidas conforme a la ley española; no serán reconocidas las sociedades anónimas o de responsabilidad limitada extranjeras que localicen en España su principal establecimiento o explotación. La consecuencia para el trabajo ha de ser la siguiente advertencia a las sociedades participantes en la *joint venture*. Los participantes han de tener en cuenta si la sociedad común localizará o no en España el establecimiento o centro de explotación principal de esta sociedad. En caso afirmativo, esta sociedad habrá de ajustarse a la LSA y constituirse como sociedad española. En otro caso no será reconocida, con las consecuencias que ello comporta.

Desde la perspectiva de esta solución, resulta con claridad que nuestro ordenamiento jurídico queda informado por principios distintos en el sector de las sociedades personalistas y en el sector de las sociedades corporativas. En efecto, en el caso de las sociedades de personas, para la atribución de la nacionalidad española se precisa no sólo la constitución conforme a la ley española, o en su caso la elección de la ley española, sino de forma añadida la localización de la sede administrativa en España. Al contrario, los artículos 5 LSA y 6 LSRL sólo se preocupan por garantizar la aplicación de la ley española a las sociedades que sitúen en España su establecimiento o explotación principal, sin importar en otro caso si la sede real se encuentra en España. Se adopta pues un sistema mixto para la atribución de la nacionalidad española basado en el sistema de la incorporación y en el sistema de la sede real. Desde una perspectiva propiamente conflictual, y no del Derecho de la nacionalidad como ocurre en nuestro sistema, esta es la solución que ha adoptado el artículo 25 de la ley italiana de DIPr. de 31 de mayo de 1995.

Determinado el no reconocimiento de la sociedad, los terceros, como primera

---

(art. 55 TUE).

consecuencia, podrán ampararse también en los artículos. 6.2 LSA y 7.2 LSRL para considerar como domicilio la sede real. Ahora bien, ¿a qué régimen jurídico queda sometida la sociedad extranjera no reconocida? La doctrina española ha puesto de relieve los inconvenientes que conlleva la aplicación automática de la regulación del C. de c. en materia de sociedades colectivas, en la que cualquier accionista, por ejemplo, podría instar la disolución de la sociedad. En nuestro sistema, en defecto de una solución expresa[204] se ha defendido el recurso, por vía analógica, al plazo de un año que establece el artículo 16 LSA para que la sociedad en formación pase a ser considerada como sociedad irregular. Transcurrido este plazo sin que la sociedad se constituya conforme a la ley española, podría pedirse su liquidación, limitada exclusivamente al patrimonio situado en España y sin extinguir la personalidad de la sociedad en cuanto sociedad extranjera[205]. A nuestro juicio, y prosiguiendo en esta idea, el régimen jurídico podría diferir en consideración del carácter presumiblemente fraudulento o no de la actitud de la sociedad extranjera a fin de mitigar el rigor de la ley (art. 3.2 Cc) sólo en uno de dos supuestos. En caso de que la sociedad, constituida con arreglo a un Derecho extranjero, haya localizado *ab initio* en España su establecimiento o explotación principal (*ad. ex.* sociedad inglesa que pretende únicamente explotar un sistema de multipropiedad en la costa del sol) no existiría razón para dejar de aplicar todo el rigor de la ley dado que se trata de una sociedad constituida notoriamente en fraude a la ley española. Cuando, por el contrario, la explotación o establecimiento principal haya llegado a España sólo a causa del devenir de las actividades de la sociedad, podría suspenderse el rigor de la ley

---

[204] La situación ha recibido regulación expresa en otros ordenamientos jurídicos como el portugués, donde se concede el plazo de un año para que la sociedad que tenga su explotación principal en Portugal se constituya con arreglo al Derecho Portugués. Pasado tal plazo, el Ministerio Público o cualquier interesado quedan legitimados para pedir la liquidación del patrimonio situado en Portugal (artículo 4 del *Codigo das sociedades comerciais*, Decreto Ley núm.262/86 de 2 de septiembre).

[205] J.J. PRETEL SERRANO: "Nacionalidad...", *cit.*, págs. 233-234.

durante el plazo de un año indicado[206]. No obstante, incluso siguiendo esta opinión, el estado actual de la armonización jurídica en materia de sociedades que ha tenido lugar mediante las directivas comunitarias debería mitigar el rigor real de esta cuestión en la medida en la que los sistemas societarios de los Estados miembros puedan reputarse intercambiables.

II. ÁMBITO DE LA *LEX SOCIETATIS* DE LA SOCIEDAD *JOINT VENTURE*

1. Ley aplicable a la constitución de la sociedad *joint venture*

La sujeción distributiva al estatuto contractual y al social de los diferentes aspectos relativos a la constitución de la sociedad que hemos defendido antes -uno rige el efecto vinculante del acuerdo entre los socios y el otro si el contrato consigue el efecto organizativo deseado- merece reflexiones más detenidas cuando se trata de actuarla en la constitución de la sociedad *joint venture*. En efecto, en la creación de esta sociedad, las formalidades de constitución exigidas (*ad. ex.* otorgamiento del contrato en escritura pública y su posterior inscripción en el Registro Mercantil) no suelen intervenir a título de condiciones de regularidad -tal y como ocurre, por ejemplo, en el caso de la sociedad colectiva o de la comanditaria de nuestro C. de c.- sino como *conditio iuris* de existencia. Esta circunstancia ha llevado a afirmar el

---

[206] En favor de esta solución cabría argüir los inconvenientes que vienen asociados a la aplicación rígida del criterio de la sede real que, llevada hasta sus últimas consecuencias, podría generar resultados absolutamente contrarios a los que pretende excluir. Por ejemplo, la nulidad de la sociedad quizás no convendría a los intereses de los acreedores a los que puede interesar que la sociedad tenga la facultad de comparecer en juicio como demandada. *Vid. Conférence de La Haye de droit international privé, Actes de la septième session*, pág. 160; F. VISCHER: "Bemerkungen zur Aktiengesellschaft...", *cit.*, pág. 55.

sometimiento del contrato de sociedad a la *lex societatis*[207]. Por varias razones y sin perjuicio de la normativa contractual de DIPr. que pueda estimarse aplicable[208], no es ésta la posición acertada. Para el análisis de la cuestión habría que escindir netamente varios momentos o aspectos. De un lado, ante una sociedad que haya sido válidamente constituida respetando esas formalidades, parece razonable afirmar el escaso sentido que tiene preguntarse acerca de la ley aplicable al contrato de sociedad cuando la existencia de la sociedad se debe, en última instancia, al cumplimiento de formalidades de carácter constitutivo que trascienden del contrato. La autoridad extranjera sería la única competente para decidir si el contrato, cualquiera que pudiese ser la ley que lo rija, es apto para producir el efecto de constitución de la sociedad[209]. En segundo lugar, también parece bastante claro que, en la fase anterior a la efectiva constitución de la sociedad mediante su inscripción en el correspondiente registro, el contrato constitutivo de la sociedad, que no crea verdaderamente la sociedad sino que sólo prepara su constitución, sólo podrá cumplir eficazmente esta

---

[207] En relación a este tipo de sociedades de capital, para T. BALLARINO y A. BONOMI: "Materie escluse...", *cit.*, pág. 114 la *lex societatis* absorbería la completa regulación del contrato constitutivo de la sociedad. Esta parece ser también la opinión de R. ARENAS GARCÍA: "La *lex societatis...*", *cit.*, pág. 14, para quien "la delimitación de los ámbitos de la *lex contractus* y de la *lex societatis* (la primera regularía el contrato de sociedad, mientras que la segunda determinaría si a partir de dicho contrato surge o no una persona jurídica) no parece de recibo".

[208] *Vid.* las aclaraciones que se ofrecieron con anterioridad en relación a la constitución del acuerdo base de *joint venture* con personalidad jurídica.

[209] En congruencia con esta posición, la competencia para enjuiciar sobre la validez o nulidad de la constitución de la sociedad corresponde igualmente, con carácter exclusivo, a los tribunales del país de constitución. *Vid.* artículo 22.1 LOPJ, artículo 16 del convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 y del convenio de Lugano de 16 de septiembre de 1988. No obstante, sobre la posibilidad de fundar la competencia de los tribunales españoles cuando la sociedad tiene su domicilio fuera de la Unión Europea y del marco de los países parte en el convenio de Lugano, *vid.* J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO: *Curso de Derecho internacional privado*, 3ª edic., Madrid, Civitas, 1996, pág. 240. Precisamente, este entendimiento del foro exclusivo en materia de sociedades, que aparecería justificado en la intervención necesaria de una autoridad estatal en el momento de la constitución de la sociedad, cuyo juicio no resulta adecuado que sea modificado por un órgano jurisdiccional de otro país, autoriza a mantener su inoperatividad cuando se trata de sociedades cuya constitución no ha requerido un procedimiento de homologación ante una autoridad oficial, como ocurre con los fenómenos societarios menores tales como la sociedad civil o la sociedad colectiva irregular de nuestro ordenamiento.

misión ajustándose a las prescripciones requeridas por la *lex societatis*[210]. Frente a estas situaciones, mayores dudas podría plantear cuál deba ser -*lex societatis* o *lex contractus*- la ley aplicable al contrato constitutivo de la sociedad: en concreto, ¿se trata simplemente de un problema de adecuación del contrato de sociedad, regido por la *lex contractus*, a las exigencias materiales de la *lex societatis*? O, al contrario, ¿se rige el contrato de sociedad, en todos sus aspectos, por la *lex societatis*? A nuestro juicio, si uno de los argumentos que más se han repetido para someter el contrato de sociedad a la *lex societatis* es el hecho de que carecería de sentido preguntarse sobre la ley aplicable a este contrato, una fácil verificación conduce a negar esta premisa y a postular, por el contrario, la necesidad de conceder a ese contrato un tratamiento autónomo, a través del estatuto contractual y al margen de la *lex societatis*. En efecto, si se afirma que el contrato de sociedad no es un fin en sí mismo y si para su regulación se da la vez al estatuto social se pasaría por alto que este contrato, en razón de las concretas circunstancias, podría ser el origen de una sociedad diferente a la pretendida, e incluso de nacionalidad diversa. Para comprender este aserto basta poner un ejemplo. Imagínese un contrato que tiene por objeto la creación de una sociedad anónima española que, sin embargo, tras más de un año después de su formalización en escritura pública, no ha sido objeto de inscripción en el registro. En esta situación, según las disposiciones de nuestro ordenamiento, surge una sociedad irregular[211] con la consiguiente degradación de la sociedad al tipo común

---

[210] *Vid.* T. BALLARINO y A. BONOMI: "Materie escluse...", *cit.*, págs. 113-114, para quienes, *"il contratto istitutivo della società è regolato dallo statuto personale di essa: direttamente, mediante le propie norme sostanziali; indirettamente attraverso il riconoscimento dell'idoneità di un contratto disciplinato da un'altra legge a dar luogo al fenomeno della costituzione"*. Estimando preferible que el notario español que participe en la constitución de una sociedad que no vaya a ostentar la nacionalidad española, o en cualquier modificación de su estatuto, aplique el artículo 9.11 Cc y se asegure de la legalidad de la operacaión realizada de acuerdo con el Derecho extranjero correspondiente a la nacionalidad de la sociedad, *vid.* R. ARENAS GARCÍA: "La *lex societatis...*", *cit.*, pág. 14. También *vid.* Ch. VON BAR: *Internationales Privatrecht*, tom. II, Munich, 1991, pág. 447*.

[211] Aunque el contrato de sociedad no genera la personalidad jurídica específica que se trataba de constituir, ello no impide que pueda determinar un grado de personificación distinto y menor al que corresponde a la sociedad pretendida. Con todo, sin embargo, el control de legalidad del notario

(sociedad colectiva o, en su caso, sociedad civil). Pues bien, a la vista del sistema español de nacionalidad de las sociedades no podría descartarse que esta sociedad pueda ostentar una nacionalidad diversa. En efecto, conforme a la dinámica de las normas de *nacionalidad* de sociedades que arbitra nuestro ordenamiento, donde el régimen de DIPr. varía según el tipo de sociedad de que se trate, la inexistencia de inscripción registral cerraría la posibilidad de aplicar el artículo 5 de la LSA para determinar la nacionalidad dada la ausencia de sociedad anónima, siendo de aplicación los criterios de nacionalidad que establece el artículo 28 Cc que, como vimos, no coinciden plenamente con los dispuestos en aquélla[212]. Desde esta

---

español respecto al otorgamiento de la escritura de constitución de una sociedad extranjera no debería llevar a rechazar el otorgamiento de este documento cuando no le sea acreditado el Derecho extranjero. Al notario le bastaría, para salvar el escollo que representa la desinformación sobre el Derecho extranjero, otorgar la escritura haciendo reserva sobre su adecuación a las disposiciones de la *lex societatis* y sin impedir que del contrato surja un tipo distinto de efecto organizativo. *Cfr.* otra opinión R. ARENAS GARCÍA: "La *lex societatis...*", *cit.*, pág. 14.

[212] En el caso de la sociedad irregular, es decir, aquélla en la que, tras otorgarse la escritura de constitución de la sociedad anónima, se ha verificado la voluntad de los socios de no inscribir la sociedad o en la que ha transcurrido un año desde el otorgamiento de la escritura sin que se haya solicitado su inscripción, a nuestro modo de ver no estaría justificado aplicar las normas de nacionalidad de un tipo social que claramente no va a ser creado, siendo la sociedad existente del tipo de la sociedad civil o de la sociedad colectiva. A nuestro juicio ésta sería la solución más respetuosa con el plan del legislador y con la dualidad de regímenes que se establecen para el tratamiento internacional de las sociedades. Mayores problemas podría presentar en nuestro sistema la determinación del régimen jurídico de DIPr de la *sociedad anónima en formación*. En este caso, si bien la sociedad anónima aún no ha sido constituida, existiría una certeza razonable de que el proceso de constitución será completado constituyéndose finalmente una sociedad anónima por lo que podría justificarse una aplicación, a título provisional, del criterio de nacionalidad retenido por la LSA (no obstante, *vid* F. SÁNCHEZ CALERO: "La nacionalidad...", *cit.*, pág. 49, quien parece defender la aplicación de las mismas reglas de nacionalidad (artículos 28 Cc y 15 C. de c) a las sociedades irregulares y a las sociedades en formación). En lo que aquí tiene de valor, precisamente el tratamiento de estas hipótesis ha revelado problemas en la interpretación del artículo 154 de la ley suiza de DIPr, de cuyo tenor no podría inferirse con claridad si estas sociedades, organizadas conforme a una determinada ley pero que no han sido válidamente constituidas, se rigen por la ley del Estado conforme al cual la sociedad se ha organizado, no obstante sin cumplir aquellas formalidades, o por la ley del Estado de su administración de hecho, situaciones que no habrían sido contempladas explícitamente por la ley, que sólo se refiere al caso de inexistencia de exigencias de constitución pero no de existencia y no cumplimiento. Para tales casos, desde la sistemática del artículo 154 de la ley suiza de DIPr, Ph. REYMOND: "Les personnes morales et sociétés...", *cit.*, págs. 176-179, esp. pág. 178, propone, de cara a la protección de los terceros, una distinción de reglas orientadas a la finalidad de dar validez a la sociedad. Básicamente se trataría de distinguir si las formalidades de creación de la sociedad son de carácter constitutivo, en cuyo caso se aplicaría subsidiariamente la ley del país de la administración de hecho cuando las formalidades del país de

perspectiva, y en una situación en la que pueda producirse esta divergencia[213], para afirmar que el contrato de sociedad se rige por la *lex societatis* habría que concluir al mismo tiempo en la posibilidad de que el estatuto de este contrato pueda variar al socaire de un hecho fáctico y posterior a la celebración del contrato como es la inscripción de la sociedad en el registro mercantil, lo que resulta difícil de admitir. La dificultad en admitir este resultado propicia a nuestro entender una consideración separada y autónoma del contrato de sociedad y la necesidad de determinar el estatuto de este contrato a través de la norma de conflicto en materia de contratos[214].

Esta dinámica de actuación deriva en parte del modo parcialmente distinto en que opera la norma de conflicto en materia de sociedades respecto a los diferentes tipos sociales en dependencia del control centralizado o no de la legalidad de la

---

organización no hayan sido respetadas, o si no existen o no son constitutivas, en cuyo caso se aplicaría la ley del país de organización. Con otra solución, señala el autor, podría renunciarse a la existencia de la sociedad dada por la ley del país de incorporación si la ley del lugar de la administración declara nula la sociedad en defecto de registro. De esta forma la sociedad nula podría ser convalidada por el Derecho del lugar de administración. Esta orientación material, sin perjuicio de que pueda ser predicable en el Derecho suizo, a nuestro juicio no resultaría lo más apropiado para el tratamiento conflictual de las sociedades, donde las exigencias de seguridad jurídica son muy pronunciadas.

[213] Podría pensarse en una sociedad irregular que pretenda establecer su explotación principal en Alemania. Mientras para la ley de anónimas esta sociedad, una vez constituida, podría ser española, el artículo 28 Cc no concedería nacionalidad española a esta sociedad irregular si su domicilio real no se encuentra en España.

[214] Indicando la necesidad de estar al estatuto contractual, *vid.* M. WOLFF: *Das internationale Privatrecht Deutschlands*, Berlin-Göttingen-Heidelberg, 1954, pág. 117. Cuestión distinta será que, una vez constituida la sociedad, el estatuto del contrato de sociedad pueda ser interferido por el estatuto de la sociedad para, por ejemplo, impedir que pueda declararse la nulidad de aquélla que establece el estatuto del contrato. Del vigor que corresponde a la *lex societatis* para decidir sobre la nulidad de la sociedad es ilustrativa la sentencia del TJCE de 13 de noviembre de 1990 (Asunto C-106/89, *Marleasing SA c. La Comercial Internacional de Alimentación SA), Rec.* 1990, págs. 4135-4161). Para resolver la cuestión prejudicial que le planteó el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº1 de Oviedo, el TJCE estimó que el juez nacional que conoce de un litigio sobre una materia comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 68/151/CEE el Consejo, de 9 de marzo de 1968, (tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el segundo párrafo del artículo 58 del Tratado CEE para proteger los intereses de socios y terceros), está obligado a interpretar su Derecho nacional a la luz de la letra y de la finalidad de dicha Directiva con el fin de impedir que se declare la nulidad de una sociedad anónima por una causa distinta de las enumeradas en su artículo 11.

constitución así como del carácter, constitutivo o no, de la inscripción en un registro. En efecto, cuando la inscripción tiene carácter constitutivo y la sociedad sólo adquiere personalidad jurídica tras la supervisión de la legalidad de la constitución por una autoridad (*ad. ex.* registrador mercantil) se trataría, más que nada, de un problema de aceptación de la realidad tal y como ha sido conformada y admitida por la autoridad extranjera, es decir, de un problema de reconocimiento en el que no tiene sentido preguntarse por la ley aplicable al contrato de sociedad[215]. Por el contrario, en relación a los tipos sociales que surgen, de pleno Derecho, sin necesidad de ese tipo de intervención, es decir, cuando la constitución de la sociedad no queda sometida a exigencias especiales de verificación de la legalidad y la inscripción, de existir, sólo tiene carácter declarativo, se trata al contrario de un problema de ley aplicable, de determinación del estatuto de la sociedad, y no de un problema de reconocimiento.

2. Estipulaciones del contrato de *joint venture* relativas a la creación de la sociedad *joint venture*

Los pactos o cláusulas que los participantes en la *joint venture* insertan en el contrato de base relativos a las condiciones de creación o constitución de la sociedad común escapan al estatuto de la sociedad, siendo plenamente operativas las disposiciones del Convenio de Roma[216]. De otro lado, la inserción de estos pactos en

---

[215] Por ello se dice que verdaderamente el contrato no es el antecedente de las sociedades de capital. *vid.* R. ARENAS GARCIA. págs. 233-234.

[216] A estos pactos se refiere expresamente el informe explicativo del convenio de Roma para afirmar la extensión de las normas uniformes a tales acuerdos. Como afirma el propio informe (*vid.* M. GIULIANO y P. LAGARDE: "Informe relativo...", *cit.* pág. 12), "por el contrario, todos los actos o contratos preliminares cuyo único objetivo sea crear compromisos entre las partes interesadas (promotores) con vistas a constituir una sociedad no están cubiertos por la exclusión". *Vid.* T.

el contrato de *joint venture* condiciona el proceso de determinación de la ley aplicable a los mismos, en cuanto la selección de su estatuto no tendrá lugar de forma aislada, sino que normalmente quedarán sometidos a la ley averiguada para el contrato de *joint venture*, siempre que no haya operado un fraccionamiento voluntario de ley aplicable y no proceda uno objetivo de esta parte del contrato[217].

3. Obligaciones singulares de los participantes de prestación a la sociedad *joint venture* y contratos satélites

En muchas ocasiones, los participantes regulan sus compromisos de aportación a la sociedad *joint venture* en el propio acuerdo de base o a través de contratos satélites concluidos con ésta, fuera pues del marco formal de los estatutos de la sociedad[218]. La inclinación social de estos pactos, que sin embargo quedan

---

BALLARINO y A. BONOMI: "Materie escluse...", *cit.*, pág. 114; S. ZONCA: "Convenzione di Roma del 1980...", *cit.*, págs. 213-214. Afirmando la vigencia del estatuto contractual en estos casos, *vid.* A.F. SCHNITZER: *Handbuch...*, *op. cit.*, pág. 748; C.Th. EBENROTH: "Nach Art. 10", *cit.*, pág. 497.

[217] Distinto sería el caso en el que estos pactos aparezcan desligados de la operación *joint venture* y constituyan una autonomía contractual propia. En este ámbito la doctrina manifiesta discrepancias sobre la ley que debería reputarse más estrechamente vinculada. Para un sector, en defecto de elección de ley, la más estrechamente vinculada sería la del país en el que la sociedad va a ser creada, solución que sería válida también cuando la sociedad debe ser constituida en un país pero para realizar su actividad en otro distinto, o cuando los acuerdos tienen por objeto la formación de una sociedad *holding* destinada a gestionar participaciones de sociedades de otros países. *Vid.* T. BALLARINO y A.BONOMI: "Materie escluse...", *cit.*, pág. 115. Al contrario, para A.F. SCHNITZER: *Handbuch...*, *op. cit.*, pág. 659, la determinación de la ley aplicable en defecto de elección no habría de orientarse necesariamente hacia el Derecho de la sede futura de la sociedad que aún no existe. Si por ejemplo se celebra un contrato en Suiza para constituir una sociedad en Italia, el Derecho más estrechamente vinculado sería el suizo. Sólo en la ejecución serían relevantes las disposiciones del Derecho italiano.

[218] Por ejemplo, frecuentemente la aportación de alguno de los participantes podrá consistir en conceder a la sociedad común la distribución en exclusiva de sus productos en una determinada área geográfica mediante la estipulación de un contrato satélite. O bien el participante podría obligarse en el propio contrato de *joint venture* a proveer a la sociedad *joint venture* con determinado equipo de

sustraidos al marco formal del contrato o estatutos sociales, ha suscitado dudas sobre la posibilidad de atribuirles verdadero carácter social[219]. Desde la perspectiva del DIPr, se afirma que tales pactos quedarían sometidos al estatuto personal de la sociedad -en nuestro caso, por tanto, al estatuto de la sociedad *joint venture*-[220], afirmación que sólo podemos compartir en alguna de sus consecuencias como vamos a ver. Para el tratamiento de esta difícil cuestión habría que escindir nítidamente dos elementos: a) de un lado, la no inclusión en el contrato social o en los estatutos de la sociedad de los pactos en cuestión debe comportar en DIPr., sin que pueda caber duda al respecto, la aplicación de las normas conflicto del Derecho de contratos. El estatuto contractual decidirá sobre todos los aspectos estrictamente negociales del contrato y, entre otras cuestiones, sobre el carácter vinculante del acuerdo entre los participantes. Las obligaciones de aportación a la sociedad *joint venture* se regirán, alternativamente, por la ley aplicable al contrato de *joint venture* o por la ley aplicable al contrato satélite en el que se prevean; b) no obstante, ello no supone ignorar la posibilidad de que el estatuto social quede llamado a regular la situación con títulos distintos: de un lado, para decidir sobre la eficacia -frente a terceros y frente a los nuevos socios- de los pactos extraestatutarios[221]; de otro, para interferir

---

personal.

[219] En la doctrina más reciente se advierten orientaciones que cuestionan la caracterización, social o parasocial, que haya de corresponder a los pactos extraestatutarios. Para un crítica constructiva de los diferentes criterios de posible adopción, *vid.* G.A. **RESCIO**: "La distinzione del sociale dal parasociale (sulle c.d. clausole statutarie parasociali)", *Riv.soc.*, 1991, vol I, págs. 596-656.

[220] Para T. **BALLARINO** y A.**BONOMI**, un pacto en el que se establezcan prestaciones no dinerarias a la sociedad a cargo de los socios, que sobrepasen la obligación social de aportación, o un pacto mediante el que los socios se obliguen por cierto tiempo después de constituida la sociedad a suscribir, a petición de los administradores, un aumento de capital, podrían constituir *parte integrante del estatuto personal de la sociedad* a pesar de quedar formalmente excluidos de los estatutos. Según los autores, "en ambos casos se trataría de cuestiones concernientes a la obligación de aportación y a la constitución del capital social, dos aspectos de cuya pertenencia a la *lex societatis* no se podría dudar". (T. **BALLARINO** y A.**BONOMI**: "Materie escluse...", *cit.*, pág. 121).

[221] Esta ley determinará si el pacto en cuestión vincula, como parte del ordenamiento societario, a los socios entrantes a título singular o particular o si, derivado de su carácter parasocial, queda privado de efectos para aquéllos (T. **BALLARINO** y A.**BONOMI**: "Materie escluse...", *cit.*, pág.

materialmente en la regulación derivada del contrato relativa a la vida y vicisitudes de los pactos de aportación a la sociedad, introduciendo el *deber de lealtad o fidelidad*[222], que podría fundamentar restricciones a la posibilidad de hacer valer los derechos que corresponden al participante como tercero[223] o determinando incluso una recalificación social de estas relaciones[224].

---

121).

[222] El deber de fidelidad no es sino una manifestación societaria de los deberes de buena fe que rigen el ejercicio de los derechos y los efectos del contrato (artículos 7 y 1258 Cc) que cobra un especial alcance en el campo societario. La afirmación de este deber de lealtad, que se debe fundamentalmente a la doctrina y jurisprudencia norteamericana y alemana, ha encontrado hoy eco notable entre la doctrina de nuestro país. *Vid.* C. PAZ ARES: "Comentario al artículo 1665 Cc", *cit.*, págs. 1326 y ss, esp. pág. 1329. A. RECALDE CASTELLS: "Deberes de fidelidad y exclusión del socio incumplidor en la sociedad civil" (Comentario a la STS de 6 de marzo de 1992), *Rev. La Ley*, 1993-1, págs. 304 y ss; L. FERNÁNDEZ DEL POZO: "La sociedad de capital de base personalista en el marco de la reforma del Derecho de sociedades de responsabilidad limitada", *RGD*, 1994, págs. 5458-5462; J. JUSTE MENCÍA: *Los Derecho de minoría...*, *op. cit.*, págs. 142-149. Como señala J. GIRÓN TENA, el alcance de este deber "se extiende a la interpretación integradora de derechos y obligaciones concretos y a fundametar otros no especificados (actividad de gestores, cuidado de secretos, no comunicar hechos de interés social, no obtener ventajas de clientes o proveedores y apropiárselas, hacer esto último unos socios en daño de otros, precipitar la quiebra al ejercitar el propio derecho si éste no corría riesgo...)" (J. GIRÓN TENA: *Derecho de sociedades*, *op. cit.*, págs. 295-298). Su aceptación en las sociedades personalistas, entre las que habría que incluir a la sociedad *joint venture*, hoy no se discute. Sobre la importancia de la estructura real o empírica de la sociedad (abierta o cerrada) a la hora de valorar el alcance del deber de fidelidad, *vid.* C. PAZ ARES: *ibid*, pág. 1326. El interés de este deber de fidelidad adquiere notable interés en el ámbito de la sociedad *joint venture*, en cuanto es perfectamente esperable que se pretenda de los participantes algo más que cumplir con su deber de aportación y con las eventuales prestaciones accesorias impuestas a través de los contratos satélites. Para un análisis detallado sobre las considerables implicaciones concretas del deber de fidelidad en el ámbito específico de la *joint venture* (*vr. g.* límites a la influencia sobre la administración, modulación de los derechos de los participantes, prohibición de hacer competencia a la *joint venture*, etc), *vid.* M. BAUS: *Treueplichten des Aktionärs im Gemeinschaftsunternehmen*, Frankfurt a.M., Bern, New York, París, 1991, págs. 166 y ss.

[223] Sin perjuicio de que, en principio, la vida y vicisitudes de esa relación contractual se desenvuelvan con arreglo a sus propias normas, el estatuto social puede modular el efecto de la *lex contractus* por ejemplo mitigando el rigor de ciertas de sus disposiciones relativas a la regulación de los plazos o modo de cumplimiento de las obligaciones, excluyendo así las rigideces propias del Derecho de contratos.

[224] En ocasiones excepcionales, y de igual modo a como se ha sostenido en el ámbito interno (*vid.* C. PAZ ARES: "Comentario al artículo 1665 Cc", *cit.*, pág. 1329), sobre todo cuando se trata de sociedades de capital y están en juego las exigencias de protección de terceros, las relaciones contraidas como tercero por cada socio con la sociedad podrían llegar a recalificarse como relaciones societarias, desplazando en mayor medida aún el régimen dispuesto por la *lex contractus*. Estas posibilidades de interferencia pueden suscitar problemas de adaptación.

4. Ley aplicable a los pactos parasociales

A) Planteamiento del problema: *lex contractus versus lex societatis*

La viabilidad de la operación *joint venture* requiere la construcción del elemento cooperativo en el seno de la sociedad conjunta mediante la *personalización* de la misma, concertando para ello los participantes compromisos recíprocos relativos a la gestión compartida de la sociedad. Estas pautas de comportamiento cooperativo, en ocasiones quedan instaladas directamente en el ámbito de la sociedad *joint venture* mediante una conformación de sus estatutos acorde con el objetivo perseguido[225], lo que se consigue modificando la dinámica operativa dictada por el

---

[225] Las modificaciones estatutarias, no obstante, habrán de sujetarse al ámbito de libertad admitido por la regulación de la sociedad de que se trate. En defecto de inconveniente legal, podrían pues acceder a los estatutos vinculando a los participantes directamente en el nivel social y obteniendo de este modo eficacia real. En principio, los participantes en la *joint venture* tendrían plena libertad bien para incorporar sus pactos al contrato social, alcanzando así los efectos típicos de la inscripción a estos pactos, bien para situarlos como pactos parasociales al margen de la sociedad, quedando con ello vinculados únicamente los socios que participaron en el acuerdo. *Vid.* Y. LOUSSOUARN: "Filial común y Derecho internacional", *Libro homenaje a la memoria de Joaquín Sánchez Covisa*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1975, págs. 175-215, esp. pág. 184; F. VICENT CHULIA: "Licitud, eficacia...", *cit.*, págs. 1246-1248). L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, A. GARRIOS JUAN, M.M. SÁNCHEZ ÁLVAREZ: "Sindicato de voto y de bloqueo", *cit.*, pág. 198; L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA: "Voz Pacto Parasocial...", *cit.*, pág. 4713. No obstante, la distinción entre lo social y lo parasocial es cuestión aún no resuelta de modo definitivo. En la actualidad se insiste en que no bastaría un criterio meramente formal (afloración o no del pacto en los estatutos). Pero tampoco existe acuerdo doctrinal sobre cuál sea el criterio sustantivo definitorio. En este sentido, *vid.* G. OPPO: "Le convenzioni parasociali...", *cit.*, pág. 523; G.A. RESCIO: "La distinzione del sociale...", *cit.*, págs. 596-656, quien después de ensayar los diversos criterios formales y materiales propuestos para distinguir lo social de lo parasocial defiende el del carácter corporativo o no de las cláusulas en cuestión, es decir, su conformación impersonal o particular. A juicio del autor, *"il regolare inserimento iniziale o succesivo nell'atto costitutivo o nello statuto di accordi estranei alla sostanza del sociale lascia immutata la loro natura eventualmente parasociale"*. Entre nosotros, *vid.* L. FERNÁNDEZ DEL POZO: "La transparencia de los sindicatos de voto entre accionistas", ***RDBB***, núm. 45, 1992, págs. 102 y ss. De lo que no parece haber duda es de que el carácter parasocial o social que deba atribuirse a un pacto estatutario determina importantes consecuencias en el ámbito material. Por ejemplo, de la calificación social o parasocial del pacto de prelación inserto en los estatutos dependerá la eficacia frente a terceros (real) o meramente obligatoria de este pacto. Mientras en el segundo caso la violación del pacto conllevará sólo la obligación de

correspondiente Derecho de sociedades en lo relativo a diversos aspectos[226]. Sin embargo, no resulta infrecuente que, por las razones de índole diversa que se dijeron[227], muchos de los pactos que los participantes insertan en el acuerdo base de

---

resarcimiento del daño provocado por la venta de las acciones realizada en vulneración del pacto de prelación, en el primero el pacto será directamente oponible al tercer adquirente siendo ineficaz la compraventa realizada. Desde la posibilidad de apreciar la existencia de *pactos parasociales estatutarios*, se afirma que la publicidad legal no podría, por sí sola, conferir al acuerdo de las partes eficacia también en las relaciones frente a terceros, siendo únicamente la ley la encargada de establecer la medida de la oponibilidad a los terceros de los pactos estatutarios (*vid.* G.A. RESCIO: *ibid*, págs. 642-643 con ulteriores referencias). Señalando el carácter social de ciertas cláusulas inoponibles a terceros (*ad. ex.* cláusula de limitación interna de responsabilidad en la sociedad colectiva), *vid.* G. OPPO: "Le convenzioni parasociali..." *cit.*, pág. 520. En este punto resulta interesante la sentencia del Tribunal de Milán de 7 de febrero de 1989 que, aun reconociendo naturaleza parasocial a un pacto inscrito, sin embargo afirmó la oponibilidad *erga omnes* ganada por la inscripción (pacto obligacional con efectos reales por la inscripción, citada por L. FERNÁNDEZ DEL POZO: *ibid*, pág. 103). El interés que para nosotros tiene el debate suscitado sobre este tema viene dado en cuanto hoy se cuestiona por cierta doctrina el tratamiento conflictual -*lex contractus* o *lex societatis*- que deben merecer los pactos estatutarios parasociales. De un lado, se defiende la necesidad de seguir un criterio formal en estos casos, afirmándose la competencia del estatuto social respecto de todos aquellos pactos que hayan tenido acceso a los estatutos, incluso aunque, en puridad, esta regulación trascienda del ámbito del funcionamiento interno de la sociedad (*Vid.* T. BALLARINO y A. BONOMI: "Materie escluse...", *cit.*, pág. 119. No obstante, desligándose de este criterio formal en la situación contraria del pacto extraestatutario que afecta a la dinámica social, *ibid*, págs. 120-121). De otro, inclinándose por la competencia del estatuto contractual, *vid.* S. ZONCA: "Convenzione di Roma del 1980...", *cit.*, págs. 214-215 quien mantiene la aplicación del Convenio de Roma para los pactos que, parasociales desde una perspectiva material, hayan accedido a los estatutos de la sociedad. A nuestro modo de ver, y de conformidad con la orientación seguida en este trabajo, la comprensión del tema en DIPr pasa por la afirmación de las siguientes claves: a) por una parte, los pactos que, parasociales desde una perspectiva material, puedan haber tenido acceso a los estatutos se regirán, no de modo distinto al del resto de pactos allí contenidos, por la ley aplicable al contrato de sociedad, identificada, del modo en que se dijo más arriba, a través de la norma de conflicto en materia de contratos; b) no obstante, la *lex societatis* habrá de decidir sobre variados aspectos que conciernen a los mismos como, por ejemplo, la posibilidad de su inserción en los estatutos sociales o los efectos -*inter partes* o *erga omnes*- que puedan tener en el plano social.

[226] Entre ellos, por ejemplo, se establece la obligación de los participantes de acomodar su voto en la sociedad conjunta a la estrategia a seguir en la *joint venture*, predeterminando por tanto la orientación del voto (*ad. ex.* designación de los cargos en el Consejo de Administración, sistema a seguir en el reparto de dividendos, designación de una sociedad internacional de primer nivel para la realización de la auditoría anual del balance y de las cuentas de resultados), el *quorum*, de mayoría absoluta o unanimidad, para las deliberaciones, las atribuciones de competencias al Consejo, las restricciones a la transferencia de las acciones de la sociedad conjunta (*ad. ex.* prohibición de cesión fuera del propio grupo, o dentro de un determinado plazo establecido para las operaciones), o la inclusión de opciones de compra de las acciones en caso de finalización de la operación *joint venture*, (*ad. ex.* casos en que procede, determinación del precio de los títulos, posibilidad de contraofertas, procedimientos de puja y venta, etc).

[227] *Vid. supra*, Capítulo Primero, III, 2, B.

joint venture no sean luego introducidos en los estatutos de ésta permaneciendo pues, como acuerdos o pactos parasociales, con un valor exclusivamente contractual. La imposibilidad de descartar una disociación entre las leyes de la sociedad conjunta y del contrato de *joint venture* obliga a indagar en el tratamiento que el DIPr debe dispensar a un contrato dispuesto para interferir sobre el funcionamiento interno de la sociedad común. ¿Es lícito un pacto parasocial contenido en el acuerdo base de *joint venture* admitido por la ley que regula el contrato pero inválido según la *lex societatis*? ¿Deberá ser considerado nulo este pacto? ¿Será posible, en caso de nulidad del pacto, reclamar una indemnización en base a la ley reguladora del contrato de base? Para responder a estas interrogantes se impone la necesidad de averiguar si nuestro sistema permite, y en su caso a través de qué cauce, dar aplicación a las normas imperativas del Derecho de sociedades que aparezcan con vocación aplicativa sobre el contrato.

B) Estado de la cuestión en la doctrina

La determinación de la ley aplicable a los pactos parasociales resulta controvertida en el nivel doctrinal, controversia en la que mucho tiene que ver una doble razón. En efecto, si por una parte su carácter formalmente autónomo respecto al contrato de sociedad inclina la calificación hacia el estatuto contractual[228], por la

[228] Como consecuencia de su inserción como cláusulas en el acuerdo de base, fuera del estatuto de la sociedad, no existiría inconveniente en valorar estos pactos con arreglo a la ley designada de forma general para el contrato de *joint venture*. *Vid.* S.M. CARBONE: "Patti parasociali, autonomia privata e diritto internazionale privato", *Riv.dir.int.pr.proc.*, 1991, pág. 885. Por otra parte, se ha señalado que en favor de esta solución milita la posibilidad de que tales pactos sean concluidos en un país distinto de aquél cuyo ordenamiento regula la vida de la sociedad y con referencia a prácticas sociales locales distintas de las propias de la *lex societatis*, a lo que habría que unir que, a menudo, las vinculaciones internacionales del capital accionarial producen acuerdos en los que el *quid pro quo* concierne a la vida de sociedades que pertenecen a Estados diferentes (*vid.* T. BALLARINO y A.BONOMI: "Materie escluse...", *cit.*, pág. 119).

otra, el hecho de que puedan afectar al régimen de funcionamiento de la sociedad concede títulos de aplicación al estatuto de la sociedad. El parecer doctrinal sobre la cuestión podría sintetizarse en los siguientes trazos básicos. Por una parte, de forma unánime se afirma la competencia general del estatuto contractual -en la actualidad de las disposiciones del convenio de Roma- para la determinación de la ley aplicable a estos acuerdos. La discusión doctrinal no alcanza así a la determinación de la ley reguladora de la validez negocial de los pactos, lo que queda sometido al estatuto contractual (*ad. ex.* consentimiento, objeto y causa)[229]. Puede deducirse pues, con claridad, que la ley aplicable al contrato de *joint venture* se extiende a la regulación de los pactos parasociales que contiene. La divergencia doctrinal sólo aparece en relación al alcance que deba atribuirse a la *lex societatis* para la regulación de la cuestión: mientras para un primer sector el estatuto de la sociedad sólo decidirá sobre las consecuencias jurídicas que derivan de la emisión del voto con arreglo, o de forma contraria, al pacto en cuestión, y no sobre su admisibilidad[230], para otro, al

---

[229] *Vid.* H.P. OVERRATH: "Stimmverträge im internationalen Privatrecht", *ZGR*, 1974, pág. 88; G. GRASSMANN: *System des internationalen Gesellschaftsrechts, op. cit.*, pág. 526; H. WIEDEMANN: *Gesellschaftsrecht, Ein Lehrbuch des Unternehmens- und Verbandsrechts, Band I, Grundlagen*, Múnich, C.H. Beck, 1980, págs. 815-816; B. GROßFELD: *Internationales Gesellschaftsrecht, op. cit.*, pág. 249; C.Th. EBENROTH: "Nach Art. 10", *cit.*, pág. 519, autor que, sin embargo, afirma el carácter restrictivo con el que habría de interpretarse la posibilidad de someter estos contratos a un Derecho diferente al del estatuto de la sociedad. En el contrato de *joint venture*, y desde esta perspectiva, cabría que los participantes arbitrasen una designación fraccionada de ley aplicable sometiendo estos aspectos a la ley de la sociedad común. Específicamente señalando la aplicación del Convenio de Roma, *vid.* T. BALLARINO y A.BONOMI: "Materie escluse...", *cit.*, pág. 121; S. ZONCA: "Convenzione di Roma del 198...", *cit.*, pág. 214.

[230] *Vid.* G. GRASSMANN: *System des internationalen Gesellschaftsrechts, op. cit.*, pág. 526-527. Desde una interpretación similar, el *Reichgericht* alemán mantuvo la aplicación íntegra del estatuto contractual y apreció la prohibición de los pactos de voto como un dato fáctico que determinaba la imposibilidad de cumplir la prestación (*unmögliche Leistung*) sin poner en cuestión la validez del acuerdo. Como variante, H. LÜBBERT mantiene como competente el estatuto contractual, estableciendo sin embargo limitaciones y concesiones al estatuto de la sociedad cuando resulte evidente el propósito fraudulento de los contratos que completan los estatutos, como por ejemplo en relación a los pactos de compra de voto o los contratos relativos a la administración (H. LÜBBERT: *Abstimmungsvereinbarungen in en Aktien- und GmbH-Rechten der EWG-Länder, der Schweiz und Großbritanniens*, Baden-Baden, 1971, págs. 469 y ss). Desde una concepción absolutamente liberal en relación con este tema, L. HUBER considera que los motivos para la conclusión de los pactos relativos al voto en la sociedad deberían ser irrelevantes desde la perspectiva social (L. HUBER: *Das Joint-Venture..., op. cit.*, pág. 144). La consecuencia de esta tesis se percibe

menos en ciertos casos, habría de darse la vez al estatuto social para decidir sobre la admisibilidad y efectos de los pactos parasociales. En este último sentido la doctrina ha propuesto clasificaciones de los pactos parasociales, separando aquéllos cuya admisibilidad y efectos quedarían regulados por la *lex societatis*, de aquellos otros que podrían ser objeto de una valoración de carácter exclusivamente contractual, teniendo en cuenta, fundamentalmente, si el tipo de pacto parasocial de que se trate afecta a la estructura de la sociedad[231] o no produce ese efecto[232].

---

con claridad en la fase patológica del acuerdo, en cuanto la prohibición legal dictada por la *lex societatis* no impedirá extraer consecuencias resarcitorias en razón del incumplimiento contractual.

[231] Dada su estrecha vinculación con la estructura de la sociedad, la admisibilidad de los acuerdos relativos a la responsabilidad de los socios (*Haftungsvereinbarungen*), y la de los pactos sobre el ejercicio de los derechos de voto (*Stimmbindungsverträge*), habría de ser valorada a la luz de la *lex societatis*. Si bien se trata de acuerdos puramente contractuales, no podría ignorarse -se afirma- que estos convenios se orientan a la construcción de la voluntad social en la asamblea general, de lo que deriva su gran interés (*hoher Bedeutung*) para las relaciones sociales, habida cuenta de que podrán modificar, de forma relevante, la estructura de la sociedad. Por otra parte, la necesidad de someter la admisibilidad de estos acuerdos a la *lex societatis* derivaría, además, del significado de ciertas disposiciones de protección como, por ejemplo, el § 136 Abs. 2 *AktG* (*vid.* C.Th. EBENROTH: "Nach Art. 10", *cit.*, págs. 519-520, para quien "*Die Grenzen der Zulässigkeit der Parteiautonomie für Gesellschaftervereinbarungen liegt dort, wo durch die Nebenabrede mittelbar oder unmittelbar in die Struktur der Gesellschaft eingegriffen wird*". También *vid.* H.G. KOPPENSTEINER: *Internationales Unternehmen im deutschen Gesellschaftsrecht*, Frankfurt a.M, 1971, pág. 138 y pág. 152; H. WIEDEMANN: *Gesellschaftsrecht, op. cit.*, pág. 816). A juicio de T. BALLARINO y A. BONOMI, entre los pactos que afectan a la estructura social se situarían las *convenzioni di voto e sindacati di blocco* así como los pactos que limitan la circulación del capital (*intese che limitano la circolazione del capitale azionario*) (*vid.* T. BALLARINO y A. BONOMI: "Materie escluse...", *cit.*, pág. 121). En relación a los acuerdos sobre el ejercicio de los derechos de voto, *vid* H.P. OVERRATH: "Stimmverträge im internationalen Privatrecht", *ZGR*, 1974, págs. 91 y ss, quien deriva esa misma calificación social desde diversas perspectivas, entre ellas, la conexión del contrato con disposiciones societarias, el objetivo de protección de esas normas respecto a la sociedad y a los socios, o el principio del tratamiento uniforme de los socios. Una calificación de carácter contractual -afirma el autor- resultaría inconsecuente, toda vez que introduciría la necesidad de excluir, de otro modo, los numerosos resultados inadecuados a que conduce, siendo preciso acudir a expedientes, no apropiados para estos casos, como, por ejemplo, el carácter exclusivamente interno de la relación, el fraude de ley, una solución diferenciada según se trate de pactos que completan los estatutos u otro tipo de pactos, o por último, al menos para las sociedades alemanas, el recurso al orden público, aplicando el § 136 apartado 3 y el § 405 apartado 3 Núm. 6 y 7 *AktG* para impedir la aplicación del estatuto contractual.

[232] La autonomía conflictual sería admisible en relación a los derechos de compensación internos (*interne Ausgleichsansprüche*), pactos de prohibición de concurrencia, convenios arbitrales (*Schiedsverträge*), contratos de *pool* (*Poolverträge*), acuerdos que limitan recíprocamente la venta de acciones y pactos de preferencia (*vid.* C.Th. EBENROTH: "Nach Art. 10", *cit.*, pág. 520). De forma similar, aun no coincidiendo completamente en la delimitación ofrecida, *vid.* también T.

C) Valoración crítica y propuesta de tratamiento en DIPr

Al efecto exclusivo de conocer el modo en que la *lex socitatis* de la sociedad *joint venture* puede incidir sobre el contrato de base, cabría introducir ciertas matizaciones al planteamiento descrito a la vista del panorama de nuestra legislación actual. Parece bastante claro que la *lex societatis* aparece con vocación aplicativa en estos supuestos, dada la finalidad de protección que persigue en muchos casos[233]. No obstante, el modo en que se da entrada a esta ley en la regulación contractual puede revelar algún problema. En concreto, una división entre aspectos que afectan o no a la estructura interna de la sociedad, en el sentido que se defiende, no se revela del todo satisfactoria y sí, quizás, algo arbitraria, en cuanto resulta insuficiente para prestar consideración a la particularidad que puede mostrar la regulación de los

---

BALLARINO y A.BONOMI: "Materie escluse...", *cit.*, pág. 120, para quienes, "*Il massimo d'indipendenza rispetto alla lex societatis deve essere riconosciuto ai patti che contengono impegni che si esauriscono nella sfera di autonomia dei contraenti, como l'obbligo di non vendere le azioni fino ad una certa data, o i patti di prelazione (naturalmente occorre che le azioni siano liberamente trasferibili, e che lo statuto sociale non disponga limitazioni in proposito secondo una disciplina autorizzata dalla lex societatis)*".

[233] Básicamente, los pactos sobre el ejercicio de los derechos de voto plantean un problema de posible perjuicio al interés de terceros (la sociedad y el resto de los accionistas), que puede ser digno de tutela por el ordenamiento. *Vid.* H.P. OVERRATH: "Stimmverträge...", *cit.*, págs. 92-93; id.: *Die Stimmrechtsbindung, op. cit.*, págs. 3-4. Como señalan L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, A. GARRIOS JUAN, M.M. SÁNCHEZ ÁLVAREZ: "Sindicato de voto y de bloqueo", *cit.*, pág. 191, la existencia de tales pactos "se ha visto sometida desde siempre a un doble test de licitud y validez: como tal contrato, en la relación que se establece entre sus miembros; como pacto parasocial, en la medida en que su aplicación se traduce en acuerdos no ocasionales sino adoptados con vocación de permanencia y llamados a modular de forma no irrelevante el funcionamiento de la sociedad". La imposibilidad de ignorar las normas estrictamente societarias a la hora de valorar la licitud de los pactos parasociales ha sido derivada del carácter accesorio del pacto parasocial respecto del contrato de sociedad (*vid.* J. JUSTE MENCÍA: *Los Derecho de minoría..., op. cit.* pág. 194). En la actualidad, sin embargo, las legislaciones se orientan hacia una mayor admisión de estos pactos.

diferentes tipos sociales en cada ordenamiento jurídico[234]. Mediante un elenco abstracto, de operatividad *a priori*, de los aspectos que afectan a la estructura social, no podría excluirse la posibilidad de que se deje de prestar atención a una determinada regulación social cuyos aspectos estructurales tengan, por ejemplo, un alcance mayor que el enunciado, al no poderse descartar que determinados aspectos que son estructurales en unos tipos sociales no lo sean en otros. Por ello, no creemos que una escisión de aspectos sociales operada sobre las bases descritas pueda solventar de forma eficaz la problemática que plantea la necesidad de satisfacer los objetivos de política legislativa de cada regulación social y, en definitiva, el respeto a las normas imperativas del Derecho aplicable a la sociedad.

En la actualidad, a nuestro juicio, el enfoque de la cuestión en DIPr podría, y debería, situarse en otros parámetros, sobre todo una vez en vigor el Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, Convenio que puede prestar una base legal lo suficientemete flexible como para articular la intervención de la *lex societatis* sobre el estatuto del contrato de forma satisfactoria. En concreto, para la aplicación de las normas de la *lex societatis* relativas a la admisibilidad y efectos de tales acuerdos parasociales podría habilitarse el siguiente cauce. En primer término, el contrato en el que se insertan los pactos parasociales queda sometido, de forma amplia, a la regulación del Convenio de Roma. No obstante, ello no impide que la ley reguladora de la sociedad a la que se refieren tales pactos no pueda recibir aplicación cuando su voluntad aplicativa se extienda sobre ellos. En concreto, cuando

---

[234] En efecto, ¿qué Derecho habría de decir si la cuestión afecta o no, directa o indirectamente, a la estructura interna de la sociedad? En el sentido en que es defendida esta idea, parecería tratarse de una calificación *lege fori* que quizás no fuese del todo legítima. Dadas las divergencias entre los Derechos de sociedades y el distinto grado de desarrollo de unos y otros, no sería del todo legítimo seguir un método como el descrito para hallar un concepto común de lo que se entienda por estructura de la sociedad. Como prueba de la inexistencia de un concepto único de los aspectos que afectan a la estructura externa, mientras para C.Th. **EBENROTH**: "Nach Art. 10", *cit.*, pág. 520, las limitaciones a la venta de acciones no afectan a la estructura de la sociedad, para T. **BALLARINO** y A. **BONOMI**: "Materie escluse...", *cit.*, pág. 121, estos pactos afectarían a la estructura de la sociedad.

del objetivo y finalidad de esta regulación social se desprenda con claridad que su intención normativa se extiende sobre el pacto parasocial de que se trate, lo que sería fácil de observar cuando el objetivo de política legislativa perseguido con la misma fracasa si deja de aplicarse a estos casos, tales normas encontrarán título de aplicación como normas materiales de imperativa aplicación al supuesto[235]. En la actualidad, este cauce viene dado a través del artículo 7.2 CR, cuando se trate de disposiciones de la *lex societatis* del foro, y del artículo 7.1 CR, en el caso de disposiciones imperativas de una *lex societatis* diferente a la *lex contractus*, norma que habrá de contribuir a despojar de carácter excepcional a la aplicación del Derecho imperativo extranjero[236].

La aplicación de las disposiciones de la *lex societatis* a través del artículo 7.1 CR en estas hipótesis, exige del intérprete una labor de motivación especial, consistente en la concreción de las condiciones de aplicabilidad previstas por el precepto para la aplicación de las normas imperativas del Derecho de sociedades extranjero. Esta tarea deberá conducirse por una senda como la que se indica a

---

[235] El cauce de las normas imperativas, como vía para la aplicación del Derecho alemán de sociedades sobre los pactos parasociales, fue señalado por G. GRASSMANN: *System des internationalen Gesellschaftsrechts*, *op. cit.*, págs. 536-537.

[236] Un planteamiento como el descrito para el ámbito del DIPr, a nuestro juicio aparece como el único congruente con la sistemática y orientación seguidas en el plano del Derecho material, lo que hace ver, de nuevo, la tremenda influencia que ejercen las concepciones de Derecho material sobre el DIPr. En concreto, en el orden material la doctrina hace hincapié en la necesidad de respetar las normas imperativas e identificadoras de cada tipo social, que pueden variar de unas formas sociales a otras (*vid.* F. VICENT CHULIA: "Licitud, eficacia...", *cit.*, págs. 1232 y ss). De forma más específica, para L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, A. GARRIOS JUAN, M.M. SÁNCHEZ ÁLVAREZ: "Sindicato de voto y de bloqueo", *cit.*, pág. 194, "decisivo es, en todo caso, el hecho de que la modificación de algunos puntos de la disciplina típica se lleve a cabo teniendo presente la *ratio* de esa normativa y las circunstancias del supuesto fáctico, ya que su validez depende de que *no se vulneren las reglas imperativas del instituto analizado*. El pacto parasocial será exigible entre quienes lo celebraron en tanto en cuanto *no sea contrario a los principios configuradores del tipo societario y a las normas legales de derecho necesario que regulan la organización de la sociedad*". *Vid.* también L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA: "Voz Pacto Parasocial...", *cit.*, pág. 4714, para quien, "la prosecución de fines indirectos o de carácter fiduciario sólo será posible mientras *no se vulneren normas imperativas o se desnaturalicen elementos tipificadores del modelo societario elegido*".

continuación[237]. En primer lugar, es preciso que las normas de la *lex societatis* sean catalogadas como disposiciones materiales imperativas, es decir, que su vocación aplicativa se extienda a situaciones en las que la *lex contractus* no coincide con la *lex societatis*, lo que no resultará difícil de advertir a la vista de sus objetivos de protección. En efecto, el carácter de normas imperativas de tales disposiciones sería fácilmente deducible desde la finalidad de las normas en cuestión y de los intereses a cuya tutela se dirigen. Por otra parte, es necesario que aparezcan con voluntad aplicativa al supuesto, circunstancia que, a falta de criterios de delimitación espaciales expresos, parece poder inferirse del hecho de quedar prevista la aplicación de estas normas sobre el tipo social al que precisamente afecta el pacto parasocial. En el resto, en defecto de disposiciones de tutela en la ley de la sociedad, no debería darse intervención a la regulación de la *lex societatis*. En segundo término, puede suscitar especial problemática la apreciación del *vínculo estrecho* que exige el precepto entre la situación y la normativa imperativa en cuestión. A nuestro modo de ver, y hemos sostenido en otro lugar, este vínculo estrecho sólo puede ser valorado desde la perspectiva de las concepciones del foro, configurando este requisito la estructura bilateral del artículo 7.1 CR para dar entrada a las normas imperativas del Derecho extranjero[238]. Este diseño desde el propio foro del vínculo estrecho no impediría que se tengan en cuenta concepciones más o menos uniformes o de valor universal[239]. En primera instancia podría pensarse que el vínculo estrecho

---

[237] Para un esquema de concreción del artículo 7.1 CR similar al que se apunta aplicado al Derecho de la competencia o *antitrust vid.* F. ESTEBAN DE LA ROSA: "Aplicación del Derecho *antitrust...*", *cit.*, págs. 815-848.

[238] Para dar entrada a estas normas no sería determinante la voluntad de aplicación del Derecho extranjero. En este punto debemos remitir a nuestro trabajo, "Aplicación del Derecho *antitrust...*", *cit.*, págs. 815-848, esp. págs. 834-835.

[239] Como señala M. SCHUBERT: "Internationale Verträge...", *cit.*, pág. 734, pág. 745, según la clase de norma imperativa y del tipo de relación contractual, la concreción del vínculo estrecho tendría lugar de modo diferente. A juicio del autor, la construcción del art. 7.1 CR no sería contraria a una construcción de signo bilateral en el DIPr. económico, en la cual la voluntad de aplicación del Derecho extranjero sólo cobre significado en sentido negativo. La posibilidad de elaborar *reglas de preferencia* que tipifiquen los intereses en presencia en cada caso y su mejor ponderación ha sido

se da con las normas del país de la *lex societatis*. El problema en este caso aparece en cuanto se trata de normas que no tienen un indicador de aplicación espacial, respecto de las que el legislador considera su aplicación a todas las sociedades que se hayan constitutido conforme a su propia ley. ¿Debe considerarse siempre como estrechamente vinculadas a las disposiciones imperativas de la *lex societatis?* ¿Se admitirá en todo caso la respuesta de intervención de la *lex societatis?* A nuestro modo de ver, podrían plantearse dos hipótesis: cuando la ley de la nacionalidad responde a un vínculo efectivo entre la sociedad y un determinado país, lo que podrá apreciarse por ejemplo cuando se emplea como criterio para atribuir la nacionalidad a la sociedad el del país de la sede real de la sociedad, parecería razonable considerar a estas normas como las más vinculadas con la situación a efectos de aplicar las disposiciones imperativas de este Derecho. En cambio, cuando la nacionalidad se determina conforme al criterio de la incorporación, podrían plantearse dudas. Mientras que cuando la sede real y la sede estatutaria coinciden no se plantearía mayor problema, estos aparecerían cuando no coinciden. En este caso, no parecería adecuado considerar vinculadas con el contrato a las normas imperativas de este país[240]. La *lex societatis* que tenga una conexión efectiva sería la única que podría dar una respuesta de intervención, dado que esta ley es con la que se establece el vínculo estrecho a que se refiere el artículo 7.1 CR. No sería precisa la intervención del correctivo del orden público en cuanto no podría aceptarse la voluntad de aplicación de este Derecho cuando excede del que podría otorgarle nuestro ordenamiento.

---

afirmada por F. VISCHER: "Zwingendes...", *cit.*, pág. 455. Ello introduciría la posibilidad, sostiene el autor, de establecer conexiones especiales orientadas al ámbito de aplicación típico de las normas (*ad. ex.* normas de protección del Derecho del trabajo). También *vid.* F. ESTEBAN DE LA ROSA: "Aplicación del Derecho *antitrust*...", *cit.*, pág. 835.

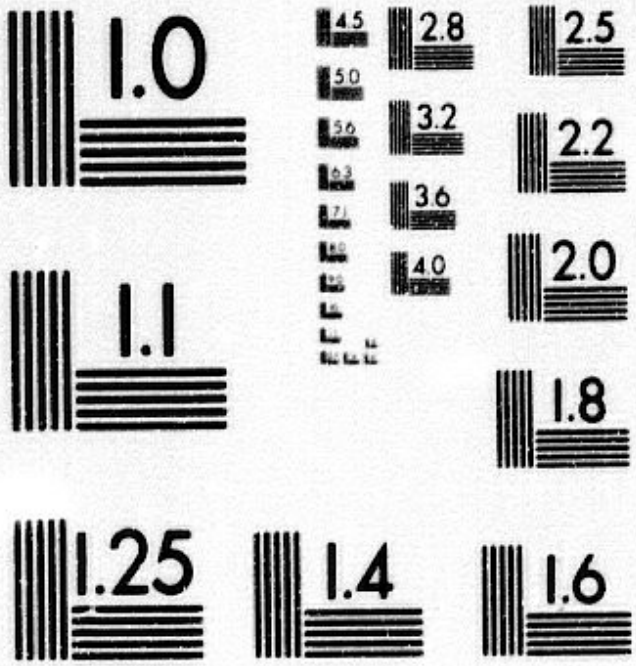
[240] De modo similar a la regulación establecida en los programas generales de 1961 que exigen un vínculo efectivo con la comunidad, aquí sería preciso también un vínculo real con el Derecho de un concreto país.

Para decidir sobre la aplicación o consideración en el caso de la norma imperativa extranjera, el juez deberá valorar la naturaleza y objeto de tales normas así como las consecuencias de su aplicación o inaplicación. En primer término, la naturaleza directamente civil y no administrativa de la sanción de nulidad que deriva del Derecho de sociedades, deberá favorecer la consideración de esta consecuencia jurídica. En segundo lugar, es preciso efectuar el *juicio de legitimidad* de la normativa de intervención extranjera. Para ello, y aunque la situación contraria no resulte determinante para no dar efecto a las normas imperativas extranjeras, la presencia de normas de este tipo en una pluralidad de Estados debería comportar una respuesta favorable[241]. Por último, conviene recordar que el artículo 7.1 CR deja en manos del juez decidir sobre la oportunidad de dar efecto a la norma imperativa del tercer Estado. Dada la polivalencia que encierra la expresión *dar efecto*, que admite soluciones distintas a la aplicación estricta, el juez podrá derivar de la norma imperativa extranjera los efectos que estime adecuados en combinación con la ley del contrato, que pueden ser distintos de aquéllos que la norma prevé. Cuando se trata de normas imperativas de carácter civil, como es este caso, en la mayoría de las ocasiones será equivalente aplicarlas o darles efecto, sin que quepa más alternativa que aceptar o rechazar su toma en consideración.

De seguirse la interpretación que se propone en estas líneas, la aplicación de la *lex societatis* debe producir las siguientes consecuencias. De un lado, los pactos que sean contrarios a la *lex societatis* serán considerados nulos, rigiéndose los efectos de la nulidad por la ley aplicable al contrato. La redacción del artículo 7.1 CR introduce la posibilidad de limitar los efectos de la nulidad a los estrictamente

---

[241] Así parece deducirse del informe explicativo del convenio (**M. GIULIANO y P. LAGARDE**: "Informe relativo..." *cit.*, pág. 25). *Vid.* **I. GUARDANS CAMBO**: *Contrato internacional..., op. cit.*, pág. 556. Según el autor, "no se trata de buscar una disposición equivalente en el foro sino de considerar cuál es el objeto de la norma extranjera, en el contexto de aquel país, y de ver si su reconocimiento es posible a la luz de las concepciones del foro".



MICROCOPY RESOLUTION TEST CHART
NATIONAL BUREAU OF STANDARDS
STANDARD REFERENCE MATERIAL 1010a
(ANSI and ISO TEST CHART No. 2)

Para decidir sobre la aplicación o consideración en el caso de la norma imperativa extranjera, el juez deberá valorar la naturaleza y objeto de tales normas así como las consecuencias de su aplicación o inaplicación. En primer término, la naturaleza directamente civil y no administrativa de la sanción de nulidad que deriva del Derecho de sociedades, deberá favorecer la consideración de esta consecuencia jurídica. En segundo lugar, es preciso efectuar el *juicio de legitimidad* de la normativa de intervención extranjera. Para ello, y aunque la situación contraria no resulte determinante para no dar efecto a las normas imperativas extranjeras, la presencia de normas de este tipo en una pluralidad de Estados debería comportar una respuesta favorable[241]. Por último, conviene recordar que el artículo 7.1 CR deja en manos del juez decidir sobre la oportunidad de dar efecto a la norma imperativa del tercer Estado. Dada la polivalencia que encierra la expresión *dar efecto*, que admite soluciones distintas a la aplicación estricta, el juez podrá derivar de la norma imperativa extranjera los efectos que estime adecuados en combinación con la ley del contrato, que pueden ser distintos de aquéllos que la norma prevé. Cuando se trata de normas imperativas de carácter civil, como es este caso, en la mayoría de las ocasiones será equivalente aplicarlas o darles efecto, sin que quepa más alternativa que aceptar o rechazar su toma en consideración.

De seguirse la interpretación que se propone en estas líneas, la aplicación de la *lex societatis* debe producir las siguientes consecuencias. De un lado, los pactos que sean contrarios a la *lex societatis* serán considerados nulos, rigiéndose los efectos de la nulidad por la ley aplicable al contrato. La redacción del artículo 7.1 CR introduce la posibilidad de limitar los efectos de la nulidad a los estrictamente

---

[241] Así parece deducirse del informe explicativo del convenio (**M. GIULIANO y P. LAGARDE**: "Informe relativo..." *cit.*, pág. 25). *Vid.* **I. GUARDANS CAMBO**: *Contrato internacional..., op. cit.*, pág. 556. Según el autor, "no se trata de buscar una disposición equivalente en el foro sino de considerar cuál es el objeto de la norma extranjera, en el contexto de aquel país, y de ver si su reconocimiento es posible a la luz de las concepciones del foro".

necesarios para la consecución de la finalidad perseguida por el Derecho de sociedades. Ello autorizaría conectar a la nulidad unos efectos incluso distintos de los previstos por la *lex contractus*[242]. De otro lado, y frente a la opinión expresada por cierta doctrina, no cabría estimar una pretensión orientada a exigir, conforme a la *lex contractus*, la responsabilidad por los daños ocasionados a través del incumplimiento. La imperatividad de la *lex societatis* debería alcanzar también a este efecto, toda vez que, de otro modo, podría quedar defraudada la finalidad de la norma[243]. En el esquema de análisis propuesto, la intervención de las normas de la *lex societatis* debe impedir la posibilidad de que prospere la reclamación de indemnización fundada en el incumplimiento del pacto inválido. Cuando el pacto es válido, éste desplegará sus efectos normales, de orden exclusivamente contractual,

---

[242] Se hablaría así de un *ablandamiento de la nulidad*. El principio de la limitación de los efectos de la nulidad a los estrictamente necesarios para el restablecimiento de la legalidad ha recibido ya cierta confirmación positiva. *Vid. ad. ex.* art. 3:53 apartado 2 del Código Civil holandés que permite al juez, a instancia de parte, denegar en todo o en parte el efecto retroactivo de la nulidad, sustituyéndolo por una obligación de desembolso. En la doctrina, este principio ha sido defendido por C. GUELFUCCI-THIBIERGE: *Nullité, restitutions et resposabilité, op. cit.*, pág. 236.

[243] Por ello, para H. WIEDEMANN: *Gesellschaftsrecht, op. cit.*, pág. 816, también las sanciones prescritas para el caso de incumplimiento de los pactos deben recibir una calificación social, dado que si el incumplimiento se sustituye por una sanción ello podría influir en la libertad de decisión y esto es lo que precisamente pretende evitar la prohibición de los pactos de accionistas. En sus palabras, *"es ist zu erwägen, auch die Sanktionen für die Nichteinhaltung der Abreden gesellschaftsrechtlich zu qualifizieren, da die Aussicht, bei einer abredewidrigen Stimmabgabe einer Sanktion ausgesetz zu sein, die freie Willensentschließung beeinträchtigen wird; gerade dies soll durch gesellschaftsrechtliche Stimmbingdungsverbote aber verhindert werden"*. En este mismo sentido, en Derecho material, dudando de la licitud de prever una indemnización cuantiosa en caso de incumplimiento del pacto parasocial en el ámbito social, *vid.* J. JUSTE MENCÍA: *Los Derecho de minoría..., op. cit.*, pág. 201. No es ésta, sin embargo, la posición mayoritariamente seguida que, por el contrario, mantiene que no existiría inconveniente en valorar las consecuencias jurídicas del incumplimiento según la ley del contrato (*vid.* C.Th. EBENROTH: "Nach Art. 10", *cit.*, pág. 520; H.G. KOPPENSTEINER: *Internationale Unternehmen*, 1971, pág. 138 y pág. 152; H.P. OVERRATH: "Stimmverträge...", *cit.*, pág. 86; T. BALLARINO y A. BONOMI: "Materie escluse...", *cit.*, pág. 121). Para nuestro ordenamiento, esta posición es mantenida por F. VICENT CHULIA: "Licitud, eficacia...", *cit.*, pág. 1212. En sus palabras "podríamos pensar que el tema es pacífico y que, de acuerdo con el artículo 10, apartado 5, del Cc, es aconsejable pactar expresamente el sometimiento del contrato a la ley española, si en el mismo participan extranjeros, o que al menos se estipule en España con la misma finalidad. Porque en el supuesto de que el sindicato regulado por la ley española afecte a una sociedad sometida a una legislación hostil a dichos pactos (por ejemplo, la de Italia, en la interpretación de su Tribunal de Casación), al menos los tribunales españoles concederían indemnización de daños y perjuicios por violación del pacto".

por lo que no podrán hacerse valer frente a la sociedad para, por ejemplo, impugnar un acuerdo social adoptado en contravención del pacto sin que sea posible una ejecución específica[244]. Ahora bien, ello no impide que, en caso de incumplimiento de las obligaciones suscritas en el contrato de *joint venture*, no deba proceder un cumplimiento sustitutivo, procediendo las indemnizaciones oportunas[245].

Cuando se trate de una sociedad cotizada (sociedad anónima bursátil) las

---

[244] *Vid.* G.A. RESCIO: "La distinzion...", *cit.*, pág. 642: "*la violazione del patto di sidacato di voto o di blocco non incide sulla validità delle delibere della società (terzo) o delle alienazioni a terzi delle azioni o quote blocctate*". De forma más clara que nuestra ley, el artículo 17.2 del *Codigo das sociedades* portugués dispone: "los acuerdos parasociales celebradoss entre todos o entre algunos socios, por los cuales éstos, en esta cualidad, se obliguen a una conducta no prohibida por ley tienen efectos entre los intervinientes, pero con base en ellos no pueden ser impugnados los actos de la sociedad o de los socios en relación con la sociedad. La traducción es de F. VICENT CHULIA "Licitud, eficacia...", *cit.*, nota 2.

[245] *Vid.* L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA: "Voz Pacto Parasocial...", *cit.*, pág. 4714. De esta posibilidad es ilustrativo el laudo CCI de 18 de agosto de 1987 (Asunto nº5485, *Yearbook C.A.*, vol. XIV, 1989, págs. 156-173), En el caso de especie se trataba de una *joint venture* paritaria ((50/50) creada entre una sociedad española y una sociedad de Bermudas, que celebraron un acuerdo base para la creación de una *joint venture* española, cuyo objeto inicial era construir y explotar ciertas instalaciones para la fabricación y venta de productos petroquímicos. El acuerdo base atribuía a los *directors* de cada accionista el derecho de vetar cualquier decisión de la sociedad que tuviere por objeto la ampliación de la actividad de la sociedad conjunta. Sin embargo, el reparto de dividendos no fue sometido al veto unilateral de cada accionista. El acuerdo base obligaba a repartir en cada ejercicio el máximo dividendo, siempre sin perjuicio del mantenimiento de las reservas legales, imponiendo a los participantes, asimismo, la obligación de ejercer sus votos en la asamblea general de accionistas en forma acorde con las previsiones del acuerdos base. Al pretender la sociedad española la creación de una reserva para la financiación de un incremento de la capacidad productiva de la sociedad conjunta, la sociedad de Bermudas alegó que la sociedad española estaba obligada a votar a favor de la distribución de un dividendo en conformidad con el acuerdo base. Ante la inexistencia de un acuerdo social acorde con las exigencias del contrato de base, la sociedad de Bermudas promovió demanda ante la CCI, denunciando el incumplimiento del pacto por la sociedad española, al no orientar su voto para aprobar la distribución del dividendo, y reclamando la indemnización del perjuicio producido. El tribunal arbitral, después de considerar válido el contrato conforme al artículo 1261 Cc, así como de invocar los principios de nuestro ordenamiento en la materia (regla *pacta sunt servanda*, principio de ejecución de las obligaciones de buena fe, compensación por el daño causado a la otra parte por el no cumplimiento, prohibición de la rescisión unilateral del contrato) y diversos preceptos de nuestro Código Civil (artículos 1101, 1124, 1257, 1258 C.c.), estimó que, faltando con su voto a la aprobación del reparto del dividendo, la sociedad española estaba incumpliendo la obligación de hacer que le imponía el contrato de *joint venture*. Dado que el acto de votar en una asamblea ordinaria es de naturaleza personal y no es de posible ejecución específica, entendió que la sociedad española optaba por el pago de daños y perjuicios, al amparo del artículo 924 LEC.

disposiciones del Derecho de sociedades no serán las únicas normas imperativas que podrán venir en consideración. En estos casos, junto al Derecho de sociedades confluye el Derecho del Mercado de Valores[246].

5. Ley aplicable al funcionamiento interno de la sociedad: ¿perspectivas de cambio en las técnicas del dipr en materia de sociedades?

En este punto quizás podríamos haber concluido las aclaraciones en relación al régimen jurídico de la sociedad *joint venture*, toda vez que, a la vista de la solución que ofrece nuestro sistema de DIPr (el artículo 9.11 Cc) y dado que, hay que reconocerlo, no deja de ser bastante forzado entender que el Convenio de Roma pueda aplicarse sobre los aspectos internos de este tipo de sociedades en las que aparece el componente registral de carácter público, la determinación de su régimen

---

[246] Los problemas derivados de la dificultad de integrar el Derecho de sociedades tradicional en la disciplina específica del Mercado de Valores, en el caso de la sociedad cotizada, con la complejidad que incorpora la interpenetración de las normas de ambas vertientes, escasamente ha concitado la atención doctrinal, como lo han puesto de relieve L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, A. GARRIOS JUAN, M.M. SÁNCHEZ ÁLVAREZ: "Sindicato de voto y de bloqueo" *RdS*, 1995, núm. 5, págs. 179-180, quienes subrayan la dudosa compatibilidad de los pactos de sindicación con el estatuto jurídico de las sociedades públicas, especialmente de las compañías que cotizan en bolsa y, en particular, con el principio de *full disclosure*, esto es, con la batería informativa que el moderno ordenamiento del mercado de capitales impone para asegurar la transparencia del propio mercado y la protección del inversor. Junto a los límites generales, propios de cualquier convenio, serían de aplicar asimismo otros de carácter específico o sectorial. *Vid.* G. SBISÁ: "Il definitivo riconoscimento dei patti parasociali nell'attuale legislazione", *Contratto e impresa*, 1, 1995, págs. 76 y ss, con referencia expresa a los problemas que suscita la adecuación de estos pactos a las normas del mercado de valores. Se plantea aquí la siguiente cuestión: ¿un pacto de accionistas, válido conforme al Derecho de sociedades, puede ser invalidado por la regulación administrativa del mercado bursátil por contrariar el orden público de la bolsa? El análisis de la cuestión no puede ser abordado en este momento. No obstante, ha de revelarse el carácter administrativo de estas reglas y su posible actuación a través del artículo 7.1 CR. Las normas que podrán aplicarse serán aquéllas del mercado bursátil cuya transparencia haya sido afectada. Sobre la incidencia de la normativa del Derecho del mercado de valores sobre los pactos de accionistas en Derecho sustantivo francés, *vid.* D. MARTIN y L FAUGEROLAS: "Les pactes d'actionnaires", *JCP, La Semaine Juridique*, 1989, II, núm. 3412. En opinión de estos autores, "*interdire certainees techniques comme le droit de préemption ou de préférencee dans les sociétés cotées nous parait aller à l'enconire de principes légilatifs et jurisprudeniel anciens et cohérents, relevant du droit commun des sociétés*".

jurídico no revelaría una especificidad digna de mayor tratamiento. Sin embargo, ha sido precisamente el tratar con este instituto del comercio internacional lo que nos ha hecho advertir sobre la presencia de unas acuciantes necesidades del comercio internacional cuya virulencia no ha tardado en sacudir los planteamientos doctrinales y legislativos más recientes en el ámbito del Derecho de sociedades. En concreto, y se ha tenido oportunidad de ver en el transcurso de la exposición anterior, la creación de una *joint venture* internacional exige introducir fuertes correctivos a la dinámica del Derecho de sociedades que no siempre son autorizadas por las figuras sociales conocidas por el Derecho comparado. La constatación de esta necesidad, unida al análisis de las razones que han motivado las recientes reformas que se han producido en el Derecho de sociedades de algunos países de nuestro entorno, así como a los planteamientos más novedosos que, de la mano de la teoría económica del Derecho, rezuman un nuevo entendimiento de esta rama del ordenamiento jurídico, a nuestro juicio habrían introducido elementos más que suficientes como para legitimar que en este momento se suscite un debate acerca del posible alcance de la autonomía conflictual en el ámbito de los aspectos de relevancia meramente interna del Derecho de sociedades. Es decir, ¿podría llegar a admitirse que los socios de una sociedad constituida conforme a la ley española puedan, por ejemplo, elegir para regular sus relaciones internas el Derecho de un país distinto? ¿Podrían designar una ley para un aspecto particular como, por ejemplo, el régimen de administración o el régimen de reparto de beneficios? Sin perjuicio de que en la hora actual de nuestro sistema de DIPr, no resulte posible construir esa solución en nuestro ordenamiento, y conscientes de que el bagaje doctrinal que podría conducir a ella está por hacer, no hemos querido dejar pasar la oportunidad de realizar algunas consideraciones que, aunque con carácter de *lege ferenda,* se nos han suscitado precisamennte a raíz de esta investigación.

La posición dominante en la actualidad, en la generalidad de la doctrina y

legislación comparadas en relación al tratamiento que deben merecer las sociedades en DIPr confiere un ámbito de aplicación extenso a la *lex societatis* en el que quedan incluidas el grueso de las cuestiones relacionadas con la vida y funcionamiento interno de la sociedad. La conveniencia de un estatuto unitario para la sociedad, que abrace también las diversas cuestiones que interesan al funcionamiento interno de la sociedad, ha encontrado frecuentemente justificaciones de carácter técnico[247] tras las cuales es fácil intuir un conjunto de concepciones materiales, de mayor profundidad, acerca de cuales deben ser las funciones del Derecho de sociedades en un ordenamiento jurídico. En efecto, en la concepción actual, este sector del ordenamiento habría de desarrollar un *papel directivo*, modelando los modos lícitos bajo los que ha de ordenarse la actividad de las personas físicas dentro de entes sociales, lo que se advierte con toda su intensidad en el carácter fuertemente intervenido de los tipos sociales más desarrollados como es el caso de la sociedad anónima. La consecuencia o proyección inmediata de esta concepción del Derecho de sociedades en el ámbito del DIPr es fácil de ver en cuanto, pese a los resultados que muestra el análisis de intereses en presencia[248], el panorama del Derecho comparado sólo muestra un colorido panorama de conexiones rígidas en este ámbito[249]. El entendimiento del Derecho de sociedades como un Derecho directivo, en defecto de un análisis más detenido de los intereses en presencia y de cómo

---

[247] Por un lado, se evitan de este modo los problemas de adaptación que podría suscitar la aplicación de diversas leyes a la sociedad. Como tuvimos ocasión de decir, sin embargo, el argumento no puede erigirse en razón determinante para la exclusión de la autonomía conflictual del ámbito del Derecho de sociedades. Por otro, el componente registral que incorporan este tipo de sociedades podría generar problemas a la hora de realizar el control de legalidad que requiere la inscripción. Por esta razón, incluso las posiciones más liberales en torno al tema han desestimado la posibilidad de admitir la autonomía conflictual en relación a las cuestiones internas de estas sociedades, admitiendo sólo una autonomía de carácter material. *Vid.* G. GRASSMANN: *System des internationalen Gesellschaftsrechts*, *op. cit.* págs. 538-539.

[248] *Vid. supra* Capítulo Tercero, I, 3, C.

[249] El hecho de que el predominio cuantitativo corresponda a este tipo de sociedades, en el que aparece un fuerte componente de interés público en la ordenación interna de la sociedad, explica que la conexión tenga fundamentalmente esta concepción.

aparecen en los diferentes aspectos de la regulación social, ciertamente propicia la inadmisión de la autonomía conflictual en el conjunto de este sector del ordenamiento. La relevancia externa de numerosos aspectos sociales, el descubrimiento de nuevos intereses públicos a satisfacer (*ad. ex.* de los socios minoritarios, de los acreedores, de trabajadores, de consumidores, etc) que alejan al Derecho de sociedades de los postulados liberales, razones de simplicidad o facilitación operativa y, como correlativo de todo ello, una concepción del Derecho de sociedades como Derecho directivo, han provocado un alejamiento secular de la autonomía conflictual del ámbito del Derecho de sociedades.

El panorama normativo puede entenderse modificado parcialmente desde la interpretación que hemos mantenido con anterioridad para el artículo 1.2 e) CR que, aunque pueda ser discutible, cuenta en su baza su plena congruencia con las necesidades que aparecen en el ámbito de las sociedades de configuración exclusivamente contractual en cuento proporciona a los participantes en la *joint venture,* ya lo hemos visto, unas posibilidades de construcción de la relación social más que convenientes a la hora de estructurar un relación jurídica tan compleja y articulada como la constituida por el acuerdo base de *joint venture* con personalidad jurídica. Mediante otra interpretación, la personificación del acuerdo base supondría para aquéllos la pérdida de interesantes posibilidades de conformación jurídica del contrato y quizás, introduciría el riesgo de una renuncia anticipada a la operación, difícil de justificar desde la más simple aproximación jurídica y económica al tema. Interpretación que será posible mantener hasta en tanto el TJCE no asuma las competencias para interpretar el Convenio y lo haga de forma efectiva. Esta solución, sin embargo, y aunque no se trata de desanimar a esa empresa, nos ha parecido más difícil de construir en el Convenio de Roma para el otro tipo de sociedades, por lo que, de seguirse esta interpretación, en la actualidad no existiría

marco legal para la autonomía conflictual en relación a las sociedades de capital[250].

Frente a este planteamiento, en la actualidad, y de la mano de los desarrollos más recientes en Derecho sustantivo de sociedades, que beben a su vez en las teorías de análisis económico del Derecho, cada vez más se cuestiona la concepción tradicional del Derecho de sociedades como Derecho directivo, lo que obliga a averiguar si este cambio de orientación no debe tener también su trasunto en el plano de la reglamentación del DIPr. En efecto, la teoría económica y los planteamientos doctrinales más recientes insisten cada vez más en la apreciación del fenómeno societario desde el prisma contractual (la sociedad como nexo de contratos), en la caracterización del Derecho de sociedades como *Derecho facilitador*, y en la necesidad de que aquél se fragüe como *Derecho esencialmente dispositivo*[251]. De otro lado, la doctrina encuentra necesidad de acudir a la justificación contractual, a la contratualización del Derecho de sociedades, para explicar la conformación de este sector del ordenamiento[252]. Esta modificación sustancial en el entendimiento del

---

[250] *Vid.* las aclaraciones ofrecidas por el informe explicativo del Convenio en relación a lo que deba entenderse por funcionamiento interno de la sociedad.

[251] *Vid.* F.H. EASTERBROOK y D.R. FISCHEL: *The economic Structure of Corporate Law*, Cambridge/London 1991. Como se sabe esta explicación doctrinal en torno a la concepción contractual de la empresa arranca de R.H. COASE: "The nature of the firm", *Economica*, 4, 1937, págs. 386 y ss. Entre nosotros *vid.* C. PAZ ARES: "La infracapitalización. Una aproximación contractual", *RdS*, 1994, Número extraordinario dedicado a la reforma del Derecho de sociedades de Responsabilidad limitada, págs. 253-269, con abundante soporte bibliográfico en pág. 267. A esta modificación habría contribuido de manera decisiva, y permítasenos recoger las palabras de este autor, "la revolución científica que ha tenido lugar en el seno de la teoría económica de la empresa durante estas últimas décadas, que ha logrado desplazar la visión jerárquica y mecánica de la empresa hasta entonces dominante y sustituirla por una comprensión estrictamente contractual. (...) En este contexto, la libertad contractual es el principal expediente que permite asegurar la sobrevivencia de las estrategias contractuales óptimas y, en definitiva, la eficiencia de las estructuras de gobierno y de las estructuras financieras de las empresas. El Derecho de sociedades -salvo allí donde se detecten fallos del mercado (externalidades, problemas de acción colectiva, etc)-, habría de ser un *Derecho esencialmente dispositivo*".

[252] De un lado, se pone de relieve que la primera sociedad anónima se construye dogmáticamente como un contrato inserto en el Codigo de comercio. De otro, es preciso rehabilitar la teoría contractual para reacionar frente a los excesos de la corriente institucionalista que llevó a defender postulados anticontractualistas: la sociedad es una persona, una institución, pero esa persona se asienta

Derecho de sociedades no sólo ha repercutido con fuerza en la doctrina sino que, igualmente se deja sentir en las más recientes reformas del Derecho de sociedades de los países de nuestro entorno, países que se encuentra sumergidos en un proceso de flexibilizacion de los marcos sociales cuya razón de ser se encuentra, justamente, en la necesidad de proporcionar esquemas de articulación flexibles y adecuados a las nuevas estructuras empresariales que ha forjado el ámbito del comercio internacional, entre las que se encuentran las operaciones de *joint venture*[253]. A este cambio de concepción habría coadyuvado, en gran medida, la depuración de los *tipos sociales empíricos* que ha efectuado la doctrina, y el distinto tratamiento que, se ha revelado, han de merecer cada uno de ellos[254].

---

sobre una base negocial contractual. En relación con estas ideas, *vid.* L. FERNÁNDEZ DEL POZO: "La sociedad de capital de base personalista...", *cit.*, pág. 5449.

[253] A esta tendencia responden las nuevas leyes que han surgido en algunos países de Europa que regulan *sociedades de capital de base personalista* en cuya configuración interna se deja a los socios amplia libertad, aportándose de este modo un marco apropiado para atender a la peculiaridad estructural interna que exige por ejemplo la sociedad *joint venture*. Como recientemente manifiestan J.J. DAIGRE y M. SENTILLES-DUPONT, en los últimos años se advierte una *renovación contractual* en Derecho de sociedades. Esto se manifiesta en el terreno ganado por la práctica en favor de fórmulas societarias flexibles, tales como la sociedad en nombre colectivo, la sociedad civil, la sociedad en participación y la sociedad comanditaria por acciones. Tomando nota de esta necesidad de flexibilidad en la organización y el funcionamiento de la sociedad, el legislador francés ha creaddo un nuevo tipo de sociedad de carácter contractual, la sociedad por acciones simplificada (*Société par actions simplifiée). Vid.* Ley nº 94-1, de 3 de enero d 1994 (*vid.* J.J. DAIGRE y M. SENTILLES-DUPONT: *Pactes d'actionnaires*, París, GLN JOLY, 1995, pág. 1). En nuestro ordenamiento, haciendo votos para que la regulación de la sociedad de responsabilidad limitada hiciese desaparecer el carácter imperativo de muchas de las disposiciones que tenían este carácter en el borrador del anteproyecto de ley, *vid.* C. PAZ ARES: "La infracapitalización...", *cit.*, pág. 255.

[254] *Vid.* F. SÁNCHEZ CALERO: *Instituciones..., op. cit.*, págs. 245-246, págs. 311-313. Como afirma L. FERNÁNDEZ DEL POZO, "antes o después es preciso reconocer la diversidad tipológica empírica o real. Si atendemos al doble aspecto -contractual/institucional- del contrato de sociedad, es posible advertir con nitidez al menos tres tipos de sociedad de capitales: la gran sociedad anónima cuyo paradigma es la sociedad anónima bursátil; la pequeña sociedad de capitales; y por fin la sociedad familiar cerrada o personalista. Mientras en la primera el papel del interés público es muy relevante, en las otras éste no es tan grave" (*vid.* L. FERNÁNDEZ DEL POZO: "La sociedad de capital de base personalista...", *cit.*, págs. 5445 y ss, y esp. págs. 5449-5450). Esta última situación, en lo que ahora interesa, sería el propio de la sociedad *joint venture*. *Vid.* O. SERVAIS: "Coopération d'entreprises...", *cit.*, págs. 57-88.

La asunción del nuevo paradigma, es decir, este nuevo modo de apreciar las funciones de todo el Derecho de sociedades, puede determinar una revisión importante de esta rama del ordenamiento cuyas consecuencias deberían sentirse también en el ámbito del DIPr, a través de la incidencia que sobre este plano poseen los principios materiales que inspiran la rama del Derecho que se considera y de la necesaria congruencia valorativa entre uno y otro plano normativo (sustantivo y de DIPr), lo que constituye claro exponente, una vez más, del modo en que las soluciones de DIPr aparecen condicionadas y a la zaga de las concepciones sustantivas del propio foro[255]. Ante todo quisiéramos subrayar la importancia de este *cambio de filosofía* en el Derecho de sociedades a pesar de no quedar traducido en un correlativo cambio de normas. El cambio experimentado no sólo da soporte, mayor aún si cabe, a la interpretación que desde estas líneas se defiende para la interpretación del apartado e) del artículo 1.2 CR sino que, con carácter general, puede alentar un cambio en el sistema al permitir, desde calificaciones de carácter funcional, la apertura a interpretaciones restrictivas en la aplicación de las conexiones rígidas en el ámbito de las cuestiones internas del Derecho de sociedades. Por otra parte, desde esta perspectiva, que es plenamente consciente de que no viene a simplificar las cosas, para la regulación internacional de las sociedades sería importante, y conveniente, que las soluciones de DIPr. en materia de sociedades *aprendieran* de las averiguadas en Derecho de contratos.

En este sentido, la posibilidad de admitir la autonomía conflictual en el ámbito del Derecho de sociedades podría apoyarse en expedientes que han sido ya

---

[255] Como recientemente ha señalado J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, "el fundamento teórico de una particular Ciencia jurídica -en nuestro caso el DIPr.- inevitablemente se ve afectado no sólo por sus posibles deficiencias intrínsecas sino también, más decisivamente, por la evolución de la Ciencia del Derecho y la aparición de nuevos métodos de conocimiento. Lo que entraña, como corolario, que cualquier construcción teórica del DIPr. -ya sea analítica empírica o normativa-, aun partiendo de los principios, cánones y solucioness de problemas generalmente admitidos, ha de prestar la debida atención a este dato para su validez científica, (J.D. GONZÁLEZ CAMPOS: "El paradigma...", *cit.*, pág. 5269).

bien desarrollados en el ámbito del Derecho de contratos como, por ejemplo, el fraccionamiento voluntario de ley aplicable, reconocido hoy de forma explícita en el artículo 3.1 CR. Por otra parte, y aquí viene una de las principales reticencias que podría hacer surgir una concepción como la pergeñada en estas líneas, la existencia de normas de derecho necesario así como de normas de configuración de los tipos sociales no habría de impedir, como igualmente no ocurre en Derecho de contratos, la posibilidad de admitir la autonomía conflictual en este ámbito[256]. Los eventuales problemas de adaptación que puedan aparecer en la puesta en práctica de esta solución tampoco serían específicos de esta rama del Derecho, sirviendo en todo caso

---

[256] Para apercibirnos de esta similitud y de cómo repercute este nuevo enfoque sobre el ámbito del DIPr, así como sobre la apertura que se vislumbra para la autonomía conflictual en el ámbito de las cuestiones internas del Derecho de sociedades, cobra extraordinario valor el siguiente discurso de L. FERNÁNDEZ DEL POZO: "La sociedad de capital de base personalista...", *cit.*, págs. 5445 y ss, que, si bien puede ser extenso en su reproducción, por la variedad de claves que proporciona para el posible tratamiento de la cuestión en DIPr, resulta de notable utilidad. En sus palabras, "*el contrato de sociedad anónima, como el contrato de trabajo o el contrato de seguro respoden al modelo de contratos normados o reglamentados: el Estado dota al contrato de un contenido imperativo e irrenunciable con el consiguiente retroceso del principio de autonomía de la voluntad. La justificación en el fondo es la misma: la necesidad de amparar la parte débil -típicamente el minoritario- que presta un consentimiento de adhesión a lo que en definitiva se le presenta en la realidad como auténticas condiciones generales de la contratación. En el paradigma de la gran empresa de capitales que siempre orientó al legislador, el accionista inversor que suele desinteresarse de la gestión y con escasa capacidad de modificar el contrato social es el sujeto a proteger. La ley fija la organización y funcionamiento de la sociedad, el reparto de poderes, el estatuto de los asociados y el marco de relaciones con terceros. El orden público parece omnipresente y la libertad de las partes limitada a la adhesión a un estatuto legal imperativo que no puede derogar. De aquí que el Estado intervenga y dicte normas imperativas que llegan a cristalizar en su expresión más lograda en el modelo alemán de la Aktiengesellschaft con la afirmación del Prinzip der formellen Satzungsstrenge: la ley de 1965 declara que los estatutos sociales sólo pueden separarse de las normas imperativas cuando expresamente lo admita la propia norma legal. No caben derogaciones salvo las toleradas y únicamente serán admisibles reglas complementarias. No obstante, los argumentos en favor de la intervención pública del régimen normativo decaen en gran medida cuando no estamos en presencia de la gran empresa. Supongamos una sociedad en la que los socios realmente intervienen en la gestión y gobierno, en la que se asocian bajo un régimen de paridad de condición y relativa igualdad, y en que realmente quieren lo pactado. Puede que la intervención del Estado en estos casos sea en términos económicos ineficiente y por ello parezca más adecuado confiar en la autorregulación. Siempre, eso sí, que las normas de proyección externa asociadas a la protección de terceros sean respetadas. En su vertiente interna los socios deberían tener libertad para disciplinar sus derechos y obligaciones, para regular la estructura organizativa de la sociedad, de la manera que crean conveniente y mejor se ajuste a sus propósitos*".

la autonomía conflictual a los intereses en presencia[257]. En definitiva, las implicaciones que este cambio de filosofía tiene en DIPr. pueden suponer un giro importante en el entorno de las ideas bajo las que se ha desarrollado esta rama del DIPr, cuya precisión detenida desborda con creces el objeto de esta investigación. No obstante, dado que las consecuencias de este debate pueden ser particularmente trascendentes respecto a la determación del régimen jurídico interno de la sociedad *joint venture*, en cuya modelación interna estarían especialmente interesados los participantes, interesaría, para concluir, perfilar las posibles consecuencias que introduciría este cambio.

La aparición de la autonomía conflictual en el ámbito del Derecho de sociedades determinaría la necesidad de escindir, como se hizo con anterioridad, los distintos aspectos sociales según afecten o no a la esfera interna o externa de la sociedad. Sin perjuicio de una delimitación más detenida, el régimen jurídico de las sociedades en DIPr. habría de partir de la distinción entre tres tipos de aspectos: de un lado, aquellas cuestiones de relevancia puramente interna en las que no aparece más que el interés de los socios; en segundo lugar, las cuestiones sociales que pueden afectar al tercero; por último, cuestiones en las que aparece envuelto un interés público en la tutela de determinados intereses respecto de los cuales cada ordenamiento haya seguido una política de protección en ese ámbito.

En relación a los primeros aspectos, la atención de los intereses en presencia y la optimización de la finalidad del Derecho de sociedades exigiría introducir la autonomía conflictual para su regulación. La autonomía conflictual coadyuvaría en

---

[257] De otro lado, tampoco el componente registral habría de representar un impedimento para una construcción de este tipo, al surgir como elemento accesorio, pudiendo ser subsanados los inconvenientes prácticos que podrían suscitarse. Por ejemplo, los notarios y los registradores podrían y deberían exigir la acreditación del Derecho extranjero con lo que así estarían en situación de poder valorar si el Derecho extranjero designado es o no compatible con las normas inderogables del foro.

este ámbito de relaciones a optimizar la *función de eficiencia* del Derecho de sociedades. En particular, todas las cuestiones relativas a la administración de la sociedad, la gestión corriente o extraordinaria, reparto de beneficios y pérdidas, etc, habrían de regirse por el Derecho designado por los socios[258]. En lo que interesaría ahora, esta necesidad de amoldar el régimen de la sociedad aparece acuciante en el ámbito de las sociedades *joint ventures*[259], dadas las especiales necesidades que planean en la delineación de su estructura de gobierno y de las obligaciones de los socios.

Por otra parte, todos los aspectos que tienen relevancia externa en las sociedades de capital[260] (*ad. ex.* requisitos de constitución de la sociedad, reglas de publicidad contable, integridad del capital, ámbito predeterminado legalmente de las facultades de los administradores, limitación de las causas de nulidad, etc), serían regulados por el estatuto social[261]. En último lugar, la regulación social habría de completarse con las normas imperativas del Derecho de sociedades que determinan la presencia de un interés público en la tutela de determinados intereses. Entre estas

---

[258] Respecto a la disolución de la sociedad *vid.* las consideraciones que se efectuaron con anterioridad respecto al acuerdo base de *joint venture*.

[259] Indicando a la filiales comunes o *joint ventures* como típicos casos de cooperación interempresarial que reclaman una estructuración interna de base personalista dada la finalidad de la cooperación que se persigue, *vid.* L. FERNÁNDEZ DEL POZO: "La sociedad de capital de base personalista...", *cit.*, págs. 5438-5439.

[260] A los señalados con ocasión del examen del acuerdo base de *joint venture* con personalidad jurídica habrían de unirse fundamentalmente los relativos a la integridad del capital social, dado el interés de los acreedores en el desembolso y estabilidad del capital que es garantía de sus créditos, lo que deriva de la responsabilidad limitada de la sociedad.

[261] Por el contrario, como se ha señalado, a los terceros resultaría en principio irrelevante el número de los socios y el que éstos conformen sus relaciones *ad intra* de un modo más o menos personalista. Lo que les interesará, será que su capital se dote y publique adecuadamente y que se preserve, mediante la estricta observancia de las normas de defensa del capital, para hacer frente a las responsabilidades que la sociedad vaya contrayendo frente a ellos. *Vid.* la Resolución de la DGRN de 21 de junio de 1990, (Asunto Misatur) citada por L. FERNÁNDEZ DEL POZO: "La sociedad de capital de base personalista...", *cit.*, págs. 5435.

normas se contarían las de protección de las minorías, las que regulan los derechos de información así como de participación de los trabajadores en la gestión y en los resultados, etc). El cauce adecuado para la aplicación de estas normas podría ser uno análogo al dispuesto por el artículo 7.1 CR y con un esquema de aplicación muy parecido al que se tuvo oportunidad de ver anteriormente en relación con los pactos parasociales. Esta plantilla, sin perjuicio de delimitaciones más precisas y de una elaboración del tema más profunda que la aquí pergeñada, permitiría resolver de forma satisfactoria, en la mayoría de las situaciones, la regulación de DIPr. de las sociedades.

CONCLUSIONES

I

Desligada de la forma social del *common law* a la que debe su denominación, la *joint venture* representa en la actualidad una operación propia y genuina de comercio internacional, cuya caractezación ha de indagarse en elementos de índole económica, no jurídica, sin que sea posible atribuir a la expresión un sentido preciso. Básicamente, cabe distinguir una noción amplia y otra estricta de la *joint venture*. Mientras la primera de ellas califica como *joint venture* a cualquier tipo de acuerdo de cooperación internacional entre empresas, la segunda, que cuenta con un mayor respaldo de la doctrina, suele reservar el calificativo para aludir a una modalidad de cooperación en la que concurren una serie de rasgos distintivos particulares. En sintonía con las ideas expresadas desde esta segunda perspectiva de alcance más estricto, a efectos de este trabajo hemos considerado como *joint venture* a una modalidad de cooperación internacional entre empresas caracterizada por su origen negocial; por la autonomía jurídica y económica de los participantes, que queda intacta en el ámbito que escapa al proyecto común; por el desarrollo de una actividad o proyecto de forma conjunta por aquéllos, dentro o fuera de un marco societario común; por el control conjunto de esta actividad a través de una estructura organizativa establecida para el logro de los objetivos de la cooperación; así como por la vinculación material de la actividad a desplegar con la propia de los participantes. Esta definición no obsta a las definiciones proporcionadas por algunas normativas estatales o supranacionales, que han atribuido a la noción *joint venture* un sentido jurídico más preciso, a efectos de la aplicación del Derecho de la competencia y del Derecho regulador de las inversiones extranjeras. Como realidad identificable desde una perspectiva económica, la *joint venture* no prejuzga la forma jurídica que se arbitre para la prosecución del proyecto común, que puede quedar basada tanto en elementos estructurales de exclusivo carácter contractual, como en

la conjunción de esquemas contractuales y societarios. Por ello, para el análisis jurídico del fenómeno es preciso partir de la distinción entre las dos modalidades principales de *joint venture:* la *equity joint venture* o *joint venture corporation,* donde la cooperación queda institucionalizada en el marco de una sociedad formalmente independiente, y la *non equity joint venture* o *contractual joint venture,* cuya instrumentación jurídica se agota en elementos de carácter exclusivamente contractual. Dada la necesidad de acotar el objeto de la investigación, el estudio se ha limitado al examen de ley aplicable que merece la *equity joint venture* o *joint venture corporation*.

La creación de *equity joint ventures* en el comercio internacional responde tanto a razones de carácter económico como de naturaleza política. De un lado, la creación de *joint ventures* puede servir para garantizar el abastecimiento de materias primas y la reducción de los costes de aprovisionamiento, permitir el aprovechamiento y optimización de recursos y capacidades empresariales, facilitar la penetración en nuevos mercados, poner en común actividades empresariales costosas *(ad. ex.* gastos en investigación y desarrollo), propiciar la financiación de proyectos de gran envergadura económica, promover la competencia en el mercado, etc. De otro, el auge de la *joint venture* se debe a motivaciones de carácter político relacionadas con su mayor sintonía con los principios que postula el *NOEI*. Además, antes de la caída del bloque soviético, la *joint venture* constituía el mecanismo apropiado para soslayar los problemas de índole constitucional que representaba para estos países la admisión de la propiedad privada extranjera. En la actualidad, aunque la mayoría de los países del Centro y Este de Europa admiten la creación de filiales nacionales de sociedade extranjeras controladas al 100%, la creación de *joint ventures* sigue siendo interesante, habida cuenta de la posibilidad que brinda este mecanismo de cooperación a la empresa extranjera de contar con un socio familiarizado con las relaciones políticas, administrativas, económicas y culturales locales.

II

Para determinar el tratamiento conflictual de la figura es preciso tener presente los elementos de su articulación jurídica típica. La *equity joint venture* consiste jurídicamente en una estructura compleja, conformada por una sociedad común, cuyo capital queda repartido entre los participantes en la operación, y una red de contratos en la que es posible distinguir los contratos satélites, que establecen relaciones de muy diverso tipo entre cada participante y la sociedad conjunta, y el contrato de *joint venture*, acuerdo en el que se modela la relación global de cooperación entre los intervinientes. Esta intrincada estructuración jurídica responde a la necesidad de proporcionar una reglamentación adecuada a las relaciones jurídicas de dependencia y de colaboración que los participantes pretenden establecer, entre ellos, y con la sociedad *joint venture*, a la vista de la imposibilidad o inconveniencia de integrar el elemento cooperativo en el marco de la forma social adoptada (*ad. ex.* por la escasa flexibilidad de la estructura social seleccionada para constituir la sociedad *joint venture*, o por la conveniencia en vincular a los participantes tras la extinción de la sociedad *joint venture*, en evitar procedimientos rígidos para la modificación del proyecto, o en mantener la confidencialidad de la relación jurídica creada). Ello determina la necesidad de articular, junto a la sociedad común, un contrato de base, en el que se establezcan las pautas fundamentales para la regulación de la *joint venture*, y un conjunto de contratos satélites, en los que, de forma singular, encuentren base jurídica las relaciones que se generen entre la sociedad *joint venture* y cada una de las sociedades participantes.

El acuerdo base es un contrato complejo por el que los participantes convienen sobre la creación de la sociedad común, sobre los objetivos, actividades

y duración de la empresa, incluidas las aportaciones de los socios al proyecto, así como todo lo referente al modo en que se llevará a cabo el control y la dirección conjuntos de la sociedad común, normalmente a través de pactos parasociales que establecen exigencias de quórum reforzado para la adopción de ciertos acuerdos sociales, pactos de vinculación del voto hacia la satisfacción de determinados objetivos, y restricciones a la transmisibilidad de las acciones. Más allá de la posibilidad de identificar algunos elementos comunes a su estructuración básica, la atipicidad extrema, o carácter *ad hoc*, que revela la práctica negocial en este ámbito de la contratación, vuelve vana una aproximación de DIPr que pretenda construir soluciones de ley aplicable a partir de la elaboración de una tipología de contratos.

Los contratos satélites son los acuerdos que concluye cada participante con la sociedad *joint venture* y cuya finalidad suele ser completar o definir los derechos y obligaciones de los participantes en la *joint venture*. Los contratos satélites pueden reponder a esquemas negociales variados, siendo frecuentes los contratos de préstamo, de propiedad industrial, de transmisión de conocimientos técnicos secretos o *know-how*, de suministro de materias primas o de productos intermedios, de compra de la producción de la sociedad *joint venture* (*Abnahmeverträge)* o distribución de sus productos, de arrendamiento de inmuebles o terrenos, de distribución de productos terminados, de asesoramiento o dirección de la empresa, etc.

La sociedad común constituye el eje en torno al cual se canaliza la cooperación entre los participantes, y donde normalmente tiene lugar la actividad comercial o industrial de la *joint venture* de cara a terceros. La constitución de la sociedad común no requiere siempre una constitución *ex novo*, siendo posible, por ejemplo, la adquisición por el resto de los participantes de acciones de una sociedad controlada con anterioridad por uno de ellos, o la creación de un control conjunto

por los participantes sobre una sociedad que antes era independiente. La elección de la forma jurídica de esta sociedad suele venir condicionada por consideraciones de carácter organizativo, fiscal y financiero. Por la relativa flexibilidad y la limitación de responsabilidad que incorporan, las formas sociales de la Sociedad Anónima y de la Sociedad de Responsabilidad Limitada de nuestro Derecho pueden servir a las necesidades de las operaciones de *joint venture*. Cuando el establecimiento o la explotación principal de la *joint venture* se encuentre en nuestro país, la operación debe canalizarse a través de una de estas sociedades, al no ser reconocidas en estos casos las sociedades extranjeras. Por el contrario, dada la responsabilidad solidaria de sus miembros, la AEIE no constituye una forma social satisfactoria cuando la *joint venture* pretenda tener relaciones jurídicas con terceros.

Los Ordenamientos jurídicos no suelen contener regulaciones específicas para los contratos de *joint venture*, por lo que su régimen ha de averiguarse, a partir de la calificación material del contrato, mediante el recurso a las normas y principios generales del Ordenamiento. A pesar de su contenido diverso, donde aparecen interrelacionados elementos de índole societaria y de carácter sinalagmático, en nuestro Ordenamiento, así como en la mayoría de los de nuestro entorno, el contrato de *joint venture* puede ser calificado como *contrato de sociedad*, lo que determina que para la implementación del contenido contractual sean de aplicación los principios y reglas generales de ese sector del Ordenamiento. No obstante, para determinar el concreto régimen jurídico que deba atribuirse a esta sociedad (sociedad civil *versus* sociedad colectiva irregular) es preciso atender al carácter interno o externo de la misma, así como a su carácter civil o mercantil.

III

La determinación del régimen jurídico internacional de la *joint venture* aparece condicionada, en parte, por la circunstancia de quedar planteado el asunto ante las instancias jurisdiccionales estatales o ante las arbitrales, lo que determina la inexistencia de un único sistema de referencia normativo. Ante las primeras, el sistema de referencia utilizado por el juez viene constituido por el propio DIPr del foro. En cambio, cuando el conocimiento de un asunto se atribuye a las instancias arbitrales, lo que es harto frecuente en los contratos de *joint venture*, el árbitro no queda vinculado por un concreto sistema de soluciones, por lo que no estaría obligado a aplicar, por ejemplo, el Convenio de Roma, a pesar de que el asunto tenga vinculacion con países de la Unión Europea. Pese a ello, la inclinación del árbitro hacia soluciones de justicia particular, que presten atención a las expectativas legítimas y a la previsibilidad de las partes, en sintonía con las soluciones del Convenio de Roma, debe determinar la atribución a este texto de un significativo papel en el razonamiento del árbitro dirigido a determinar el Derecho aplicable, que podría utilizar el Convenio, al menos, como modelo narrativo al que es posible acudir por su alto valor moral. De otro lado, el árbitro es también cualitativamente más libre para resolver conforme a materiales normativos ajenos a un Derecho estatal (*ad. ex.* principios comunes a varias naciones, *lex mercatoria,* principio de buena fe, etc.). Cuando esta circunstancia no menoscabe las posibilidades de reconocimiento y ejecución del laudo, lo que puede ser a la vista del sistema de reconocimiento convencional vigente, nada podrá obstar a la eficacia de estas soluciones. Por otra parte, cuando el contrato de *joint venture* se concluye entre un Estado y una sociedad privada extranjera, las partes pueden someterse al arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, creado por el Convenio de Washington de 18 de mayo de 1965. En estos casos, el árbitro ha de resolver el litigio conforme al sistema de ley aplicable específico que establece el 42 de dicho

Convenio.

En la actualidad no existe un régimen supranacional o transnacional que sea de aplicación a las *joint ventures*. La labor de codificación internacional ha sido más bien limitada y se resume en determinados Códigos de Conducta, aplicables como *soft law* en el ámbito de la protección de las inversiones, que, con todo, no ofrecen un régimen sustantivo a la figura. De otro lado, caso de admitirse la vigencia de un régimen jurídico de carácter transnacional -*lex mercatoria*-, en su conformación actual éste queda muy lejos de constituir un régimen capaz de proporcionar una regulación completa y libre de incerteza a las *joint ventures*, concretándose más bien en ciertas reglas relacionadas con las exigencias del principio de buena fe, que se acentúan en el ámbito de las relaciones de cooperación. No obstante, en ciertos casos, singularmente cuando la solución localizadora resulte forzada, dada la acusada dispersión de los elementos del contrato, o cuando sea difícil o imposible conocer la regla de Derecho aplicable, puede ser legítimo, al no resultar razonable la persistencia en el razonamiento localizador, la aplicación de una regla transnacional, siempre que su contenido pueda reputarse establecido con seguridad (*ad. ex.* a través de una codificación de reglas como los Principios de UNIDROIT). Por el contrario, esta vía no debería admitirse cuando el contrato haya podido ser localizado en un Ordenamiento y sea posible derivar de éste una regla de solución. Por ello, en los contratos de *joint venture*, en muchas ocasiones será conveniente recurrir a los resortes del Derecho estatal a la hora de establecer las modulaciones oportunas del contenido contractual que deriven del principio de buena fe, cuyo alcance puede ser distinto en cada Ordenamiento.

IV

Dado que la regulación de las relaciones jurídicas que genera la operación *joint venture* se regulan de forma diferente en cada Estado (*ad. ex.* régimen de la empresa común, régimen de los diferentes contratos satélites de muy distinto tipo que integra la operación, admisibilidad o no de los pactos sobre el ejercicio de los derechos de voto, o de los pactos que restringen la transmisibilidad de las acciones, incidencia de la normativa *antitrust*, etc.), el primer paso para la determinación del régimen jurídico de la operación ha de ser la localización de las relaciones jurídicas que genera. Para este efecto, es preciso identificar, a fin de averiguar cómo ha de aprehender el DIPr a la operación, los elementos con autonomía jurídica que han de ser objeto de un tratamiento autónomo por las normas de DIPr.

Desde la perspectiva de nuestro sistema de DIPr, aunque las conclusiones podrían extenderse a los sistemas de nuestro entorno, la operación de *joint venture* ha de desgajarse, a efectos de su tratamiento autónomo por el DIPr., en sus elementos básicos: la sociedad común, el acuerdo base y los contratos satélites. Frente a la posición que mantiene cierta doctrina, que afirma la necesidad de otorgar un tratamiento conjunto a los contratos satélites y al acuerdo base, el análisis jurídico revela la existencia de una pluralidad de relaciones jurídicas independientes (contratos satélites y contrato de base). Para esta apreciación resulta relevante el elemento subjetivo de los acuerdos, es decir, el hecho de que intervengan diferentes sujetos. En los contratos satélites son partes un participante y la sociedad *joint venture;* en el acuerdo base intervienen los participantes, y ello pese a que, por razones de efectividad del acuerdo, la sociedad común plasme con posterioridad su firma en el contrato de base. Esta independencia formal comporta que deba dispensarse un tratamiento diferenciado a las distintas unidades contractuales, especialmente en lo relativo a la determinación objetiva de ley aplicable. Por otra parte, el análisis

económico-funcional del contenido jurídico del acuerdo base revela la existencia de una única voluntad o causa y, por tanto, de un único contrato de carácter complejo en el que intervienen prestaciones de diverso tipo. Esta autonomía contractual en nada obsta a la posibilidad de afirmar ciertas influencias entre los contratos, tanto de carácter material como a efectos de la determinación objetiva de ley aplicable. No obstante, para apreciar estas eventuales incidencias, es preciso evitar cualquier tipo de automatismo y observar, desde una perspectiva funcional, las diferentes relaciones que se generan entre unos y otros contratos, que pueden ser de muy diferente intensidad (*ad. ex.* contratos satélites de cumplimiento, contratos satélites facultativos, etc). En general, los muy diversos mecanismos conocidos por los sistemas de nuestro círculo jurídico (*ad. ex.* base del negocio, motivo esencial o incorporado a la causa, *rebu sic stantibus*, condición explícita o implícita, etc), permiten extender a unos contratos las vicisitudes que puedan acaecer en los otros (*ad. ex.* invalidez, no cumplimiento, etc). Por otra parte, la unidad funcional de la operación puede hacer legítimo extraer consecuencias hermenéuticas de la unidad de la operación.

V

La creación de una *joint venture* debe tener en cuenta la incidencia sobre esta operación de ciertas normas de intervención que responden a intereses políticos y sociales considerados de interés general por el Estado. Frente a la posición que se ha mantenido hasta fechas relativamente recientes, la tendencia jurisprudencial más actual afirma la arbitrabilidad de las causas en las que esté en juego la aplicación de normas imperativas, lo que resulta de especial interés en los contratos de *joint venture*, cuyos litigios son conocidos, casi con carácter exclusivo, por el arbitraje internacional. Los ámbitos de normas imperativas que aparecen con específica

vocación aplicativa sobre las operaciones de *joint venture* pertenecen a distintos sectores, variando no obstante su incidencia según los intereses de cada Estado.

En primer término, sobre todo en los países industrializados, la *joint venture* ha sido aprehendida desde la perspectiva de su posible efecto nocivo sobre la competencia en el mercado. Las operaciones de *joint venture* pueden, según los casos, restringir o favorecer la competencia, por lo que no es posible un enjuiciamiento general de estas operaciones desde la perspectiva del Derecho *antitrust*. En nuestro Ordenamiento, ello ha motivado que la Unión Europea se haya esforzado por clarificar el ámbito de las *joint venture* prohibidas y autorizadas, en consideración al alcance de sus efectos sobre el mercado intercomunitario. Para el tratamiento de estas operaciones por el Derecho comunitario de la competencia es preciso distinguir entre *joint ventures* de carácter cooperativo y *joint ventures* de carácter concentrativo, tipos que se someten a procedimientos de notificación y aprobación diferentes. Las normativas de defensa de la competencia suelen contener disposiciones que declaran directamente la nulidad de los contratos que incurren en las prohibiciones definidas por cada Derecho, nulidad que procede con independencia de cual sea la ley aplicable al contrato.

Junto a estas normas, el trasvase internacional de tecnología a que da lugar la *joint venture* puede topar con normas imperativas que regulan ese tráfico internacional. Estas normas responden a finalidades diferentes según se trate de restricciones a la exportación de tecnología, que suelen corresponder sobre todo a países desarrollados en su intento por controlar el tráfico de tecnologías de doble uso, o de limitaciones a su importación, normalmente de países en vías de desarrollo, cuya preocupación consiste en asegurar que los contratos entre empresas locales y empresas extranjeras permitan una utilización de la tecnología que contribuya al desarrollo nacional. La infracción de tales normas no produce siempre iguales

consecuencias sobre el contrato, pudiendo afectar a la validez del mismo o simplemente determinar la imposibilidad de que el adquirente realice el pago de la tecnología.

Por otra parte, en muchos países en vías de desarrollo existen normativas de política económica exterior que someten las inversiones extranjeras a un procedimiento de examen y autorización, con la que debe contar la planificación de la *joint venture*. A veces estas normativas imponen obligaciones específicas relacionadas con la exportación de los productos de la *joint venture*, imponiéndose también, en materia de control de cambios, cortapisas a la repatriación del capital invertido. No obstante, este tipo de rigideces queda en ocasiones excluido a través de la creación de zonas francas, donde es de aplicación un régimen especial, entre otros, en los órdenes aduanero, de inversión de capitales y de comercio exterior. En el marco de los países industrializados, en cambio, las inversiones exteriores suelen quedar sometidas a muy escasas limitaciones. A pesar de naturaleza administrativa, estas normas también pueden tener consecuencias sobre el contrato.

VI

En el sistema diseñado por el Convenio de Roma, las normas imperativas del Derecho extranjero pueden ser aplicadas en el foro, sobre todo cuando establecen consecuencias directamente de carácter civil. No obstante, su cauce formal de aplicación depende de que pertenezcan o no a la *lex contractus*. La remisión a la *lex contractus* se entiende plena, incluyendo a las normas imperativas o de intervención de ese Ordenamiento, lo que no obsta a la necesidad de tener en cuenta el ámbito de aplicación de esta normativa, en concreto, de su voluntad de aplicación al caso,

existiendo siempre el correctivo del Orden público para rechazar a las normas que se doten de un ámbito de aplicación exorbitante o no razonable.

Fuera de la *lex contractus*, la aplicación de las normas materiales imperativas de un tercer Ordenamiento queda sometida a las condiciones establecidas por el artículo 7.1 CR. El juego de este precepto en un concreto sector de normas de intervención permite precisar algunas de las condiciones de aplicación del Derecho imperativo extranjero, existiendo la posibilidad de traducir el precepto en un ramillete de normas de carácter bilateral cuyo punto de conexión (el vínculo estrecho) vendría dado desde la caracterización de cada ámbito de normas de intervención (*ad. ex.* principio de los efectos en el ámbito del Derecho *antitrust*, criterios de carácter territorial, no personal, en el ámbito de las normas imperativas en materia de transferencia de tecnología). A efectos de la aplicación de estas disposiciones, el juez español ha de valorar la naturaleza y objeto de tales normas así como las consecuencias de su aplicación o inaplicación. En lo primero, debe tenerse en cuenta especialmente el carácter civil o administrativo de la norma de que se trate. La consideración del objeto de la norma imperativa extranjera debe determinar un *juicio de legitimidad* de la normativa, en lo que puede tenerse en cuenta, aunque no sea determinante, la existencia de un *objetivo compartido* por una pluralidad de Estados (*ad. ex.* protección de la libre competencia en el mercado, restricciones a la transferencia de tecnología por razones de seguridad). En el enjuiciamiento de las consecuencias de la aplicación o inaplicación de esa normativa se amplia el margen de apreciación judicial. La posibilidad de distinguir entre verdadera aplicación y toma en consideración resulta relevante frente a normas administrativas que contienen una sanción de la misma naturaleza que, aunque no pueden ser aplicadas, no se excluye la posibilidad de que determinen otros efectos. La concurrencia de una pluralidad de leyes imperativas sobre el contrato, lo que puede suceder en el ámbito del Derecho de la competencia, cuyas consecuencias no sean compatibles, debe resolverse en la

primacía de la *lex fori*. Cuando no concurra esta ley, el Convenio no suministra elementos de solución para esteos casos, siendo preciso la elaboración de reglas de preferencia para resolver el conflicto (*ad. ex.* aplicación de la ley del mercado mayormente afectado, o la legislación más rigurosa o menos estricta). Una vez verificada la aplicabilidad de la norma de intervención, el concurso entre la norma imperativa y la *lex contractus* decidirá sobre las concretas consecuencias que produce la aplicación de la normativa imperativa sobre la relación jurídico privada.

VII

La determinación del régimen jurídico del acuerdo base de *joint venture* en DIPr plantea un problema de delimitación entre las normas de conflicto del Derecho de contratos y las del Derecho de sociedades. La proveniencia diversa -convencional y autónoma- de las normas de uno y otro sector en nuestro Ordenamiento condiciona la delimitación entre normas, e impone la necesidad de comenzar esa operación a través de la averiguación del ámbito de aplicación del Convenio de Roma. Para averiguar este ámbito, es preciso interpretar el Convenio conforme a los principios y criterios hermenéuticos propios del Derecho uniforme (*ad. ex.* criterios gramatical, sistemático, histórico y teleológico), de entre los que debe privilegiarse, dada la misión del Derecho uniforme, a este último criterio. También resulta de especial utilidad el criterio comparativo. Para resolver este problema de delimitación es preciso, de un lado, determinar el sentido del artículo 1.1 CR, para verificar si las obligaciones sociales tienen o no carácter contractual, y de otro, determinar el alcance de la exclusión del ámbito del Convenio de la materia societaria que contempla el artículo 1.2 e) CR.

En primer término, en defecto de un pronunciamiento del TJCE que zanje la cuestión, la contractualidad de las obligaciones sociales, y su inclusión en el ámbito material del Convenio definido en su artículo 1.1, se desprende en la actualidad de las aclaraciones ofrecidas por el Informe explicativo del Convenio, de una interpretación sistemática del texto, de las concepciones nacionales en torno al carácter de las obligaciones sociales, así como de las conclusiones alcanzadas por el TJCE en interpretación del Convenio de Bruselas. En segundo lugar, la interpretación del alcance del artículo 1.2 e) CR ha de abordarse de forma desdoblada. De una parte, la definición del ámbito de lo social a efectos de la aplicación del precepto queda conferida a los Derehos estatales. De otra, a la vista de que la justificación que ofrece el Informe explicativo del Convenio ha dejado de resultar satisfactoria, en la actualidad es posible, y conveniente, indagar en las razones materiales que impiden la aplicación de las soluciones del Convenio al ámbito de las sociedades, dado el propósito claro de éste de restringir el contenido de cada exclusión a la medida requerida por su objetivo. Para que la exclusión opere con pleno sentido, es preciso que la interpretación del artículo 1.2 e) CR sea abordada como verdadero problema de calificación, indagando en la razón de ser de la misma, siempre dentro de los márgenes que autoriza el propio tenor de la disposición, y aprovechando la inclinación favorable a una interpretación restrictiva que se observa en otros criterios de interpretación.

A pesar del fundamento contractual de las obligaciones sociales, la existencia de nuevos objetivos del Ordenamiento en el ámbito del Derecho de sociedades (*ad. ex.* interés en la fijación del Derecho, preocupación por garantizar la seguridad del tráfico jurídico, interés en la protección de nuevos intereses surgidos en el ámbito interno de la sociedad), comporta que los principios de regulación de DIPr. vigentes en el sector contractual deban sufrir cierta modificación en Derecho de sociedades (*ad. ex.* exclusión de la autonomía conflictual, establecimiento de puntos de conexión

de carácter rígido, que supongan una vinculación efectiva de la sociedad con un territorio, o permitan acordar correcciones al estatuto de la incorporación cuando lo aconseje el interés del tráfico). Esta visión del Derecho de sociedades permite entender plenamente justificada la exclusión del ámbito del Convenio de Roma de la materia societaria, en el sentido del artículo 1.2 e). Si esta es la justificación de la exclusión, el principio de base que informa al Convenio, que determina el alcance de la exclusión a la medida necesaria para conseguir su objetivo, comporta que queden contenidas en el ámbito de aplicación del Convenio de Roma, y no sean excluidas, aquellas obligaciones sociales en las que no aparezca la necesidad de proteger a tales intereses. En este sentido, es posible aprovechar las elaboraciones doctrinales realizadas bajo la teoría de la diferenciación *(Differenzierungslehre)*, que afirma la posibilidad de escindir, para otorgarles un tratamiento conflictual diferenciado, entre las relaciones externas e internas de la sociedad, en las que no existe impedimiento para admitir la autonomía conflictual. A salvo tales intereses, y especialmente en los ámbitos sociales caracterizados por regulaciones de carácter dispositivo, con escasas exigencias del tipo social, y que no incorporan el componente registral, no existe razón para excluir la autonomía conflictual en Derecho de sociedades en el conjunto de aspectos caracterizado por una relevancia puramente interna *-inter partes-*.

La exclusión del ámbito de aplicación del Convenio de Roma que contiene el artículo 1.2 e) CR debe entenderse en sentido estricto y limitada a los aspectos o cuestiones sociales cuya regulación afecte a la posición jurídica del tercero. Esta interpretación es fácil de mantener en el ámbito de las sociedades cuya constitución no requiere un procedimiento formal de constitución mediante la inscripción en un registro público, siendo más difícilmente defendible en otro caso, una vez que se considera la intención del Convenio de no interferir en los aspectos registrales. En el ámbito de su admisión, la autonomía conflictual ha de entenderse sin perjuicio de

la actuación de las normas de configuración del tipo social y de las normas de protección de la concreta sociedad de que se trate. La interpretación propuesta determina la reducción del ámbito de aplicación de la norma de conflicto en materia de sociedades de nuestro Derecho.

La congruencia valorativa de nuestro sistema de DIPr, determina la necesidad de indagar el sentido de la expresión *persona jurídica* utilizado por el artículo 9.11 Cc en el ámbito de nuestro Derecho material en materia de personas jurídicas. El sentido que se atribuye a la noción en ese ámbito -determinado por la estructuración externa de la sociedad y su participación en el tráfico- comporta la conveniencia de interpretar el artículo 9.11 Cc en un sentido similar, aunque autónomo, modo en el que la norma puede contribuir a alcanzar resultados satisfactorios en DIPr. La norma queda así habilitada para aprehender los diferentes tipos de entes que actúen en el tráfico y revelen una estructuración personificada, aunque sea de grado mínimo. A través de esta interpretación, nuestro sistema responde de forma más satisfactoria, en relación a otros de carácter más elaborado, al problema de la aprehensión de los grados más pequeños de personificación social, otorgando a la sociedad el tratamiento jurídico que a ella se anude por cada ordenamiento, aunque sea escaso (*ad. ex.* legitimación procesal, así como los aspectos relacionados con la unificación patrimonial tales como la preferencia de los acreedores sociales, la disociación entre deuda y responsabilidad o el beneficio de excusión, etc). Otros sistemas, basados en el concepto de organización, podrían conducir a resultados insatisfactorios, como la regulación de la responsabilidad de los socios por las deudas sociales a través de la norma de conflicto en materia de contratos, pudiendo quedara a merced de los socios.

A la vista de la delimitación entre normas de conflicto operada, la determinación del carácter personificado o no del contrato de *joint venture* ha de

decidirse en el caso concreto, a la vista de las circunstancias. El contrato de *joint venture* debe recibir una calificación contractual a efectos del DIPr cuando los participantes no pretenden realizar actividades de carácter externo, siendo éstas asumidas por la sociedad *joint venture*. La existencia de una actividad de carácter externo no determina la aplicación de la norma de conflicto en materia de sociedades, dado que estas relaciones pueden tener lugar a través del mecanismo de la representación. Para decidir sobre su calificación contractual o social hay que tener presente la presunción favorable a la personificación con la que cuenta nuestro ordenamiento, que podrá ser marginada cuando se demuestre una voluntad de los socios dirigida a excluir el efecto real del contrato de sociedad. Para determinar esta voluntad adquieren relevancia ciertos índices como, por ejemplo, la no previsión por el contrato de la conclusión de negocios con terceros, en caso de que se contemplen estas actividades, que el contrato se haya construido *ad hoc* para evitar este efecto (*ad. ex.* existencia de una cláusula de ocultación o la cláusula que impide la utilización del nombre colectivo). No obstante, estos índices no son determinantes si puede demostrarse una voluntad de los participantes en otro sentido.

VIII

En el DIPr de contratos el principio de la autonomía conflictual constituye una solución de carácter casi universal, a excepción de algunas normativas estatales que la limitan específicamente en el ámbito de los contratos de *joint venture*, así como en el sector de la contratación sobre propiedad industrial. En nuestro sistema, esta es la solución acogida por el artículo 3 del CR, cuyo alcance sólo queda limitado por el carácter internacional del contrato. No obstante, un contrato que aisladamente puede ser considerado como interno, puede adquirir carácter internacional si aparece

asociado a una operación de *joint venture* de carácter internacional. En estas operaciones, la autonomía conflictual puede servir a variadas finalidades: a la planificación de las relaciones entre los participantes, a la consideración en la regulación contractual del interés especial de una de las partes en la aplicación de su Derecho, acordando, por ejemplo el fraccionamiento de una parte negocial, o a la exclusión de la problemática compleja que plantea la localización objetiva del contrato de *joint venture*. Especialmente, puede también coadyuvar a la eventual pretensión de las partes de someter el conjunto de la operación a un único Ordenamiento, excluyendo de forma anticipada la posibilidad de un fraccionamiento de carácter objetivo. En la práctica, por razones diversas (*ad. ex.* prestigio internacional, desconfianza de los participantes en la aplicación del Derecho de uno de ellos, particular desarrollo en un sector, familiaridad con el Derecho designado), la designación recae frecuentemente sobre Ordenamientos de carácter neutral, distinto al de cualquiera de los participantes o de la sede de la sociedad común.

Desde la perspectiva de la base objetiva del *dépeçage*, el conjunto negocial formado por el contrato de base y los contratos satélites maniesta una propensión alta al fraccionamiento voluntario de ley aplicable. En este sentido, pueden ser objeto de designación fraccionada los pactos accionariales, las obligaciones singulares o contratos de compra de los participantes a la sociedad común (*ad. ex.* contratos sobre propiedad industrial), así como las cláusulas penales o las de indización o de nuevas negociaciones. Los supuestos en los que haya de apreciarse la existencia de una elección tácita de ley aplicable no pueden ser identificados previamente. Con carácter general, de la existencia misma de una unidad funcional no parece que pueda derivarse esta elección tácita, siendo preciso un análisis caso por caso.

La práctica negocial en este ámbito de la contratación ofrece una rica gama de posibilidades de designación de ley al margen de un Derecho estatal (*ad. ex.*

principios comunes a las naciones civilizadas o a varios Estados, Derecho internacional público, *lex mercatoria),* acompañadas o no de la remisión a un Derecho estatal. En el ámbito del Convenio de Roma, y por parte de la autoridad judicial que lo aplique, este tipo de remisiones posee un exclusivo alcance material, cuyo vigor queda condicionado a la existencia de reglas precisas en tales materiales y a su conformidad con la *lex contractus.* En el ámbito del arbitraje, tales designaciones pueden ser respetadas en mayor medida, a lo que no es ajeno la posibilidad que posee el árbitro de fallar en equidad.

En los contratos de *joint venture* entre un Estado y una empresa privada extranjera son frecuentes las cláusulas de estabilización del Derecho aplicable. Salvo casos de excepción (*ad. ex.* internacionalización del contrato, existencia de un tratado internacional entre Estados), y dada la imposibilidad de comprometer a la soberanía legislativa del Estado, la eficacia de estas cláusulas suele consistir en la concesión a la parte perjudicada por la modificación legislativa de una acción de resarcimiento por el perjuicio causado a través del cambio. Entre sujetos privados, y pese a la equivalencia que se ha afirmado de las mismas con la designación sucesiva de ley aplicable que admite el artículo 3.2 CR, las cláusulas de estabilización encuentran similares obstáculos a los propios del contrato sin ley, situando al contrato por encima de la ley. No obstante, cuando el Ordenamiento designado por las partes experimente un cambio legislativo, la cláusula de estabilización puede desplegar su eficacia en los planos conflictual (*ad. ex.* posibilidad de considerar a la cláusula de estabilización como incorporación por referencia del Derecho designado, siendo necesario pasar a la conexión objetiva), y material (la ley aplicable determina si el cambio puede ser juzgado de imprevisible y si queda autorizada una acción *rebus sic stantibus* dirigida a la rescisión del contrato). Sobre la validez del pacto de estabilización decidirá la ley aplicable al contrato. En caso de modificación legislativa, sería conveniente que las partes acordasen una nueva designación de ley

al amparo de lo establecido en el artículo 3.2 CR, posibilidad que, sin embargo, no excluirá las normas materiales imperativas de la antigua *lex contractus* cuando reclamen aplicación al supuesto, por la vía del artículo 7.1 CR.

IX

La fisonomía peculiar de los contratos de *joint venture* (conformación compleja, variabilidad de contenido, contratación de carácter *ad hoc*), impide la elaboración de una tipología de acuerdos y la construcción de reglas de operatividad *a priori* a través de las que sea posible afrontar la localización objetiva de estos contratos. En defecto de *tipo de contrato*, la introducción de seguridad jurídica pasa por la necesidad de fundar el proceso de selección del Derecho aplicable en un razonamiento argumentativo de carácter dialéctico, no deductivo, orientado hacia los valores e intereses en presencia en esta rama del Ordenamiento, y en el que la proximidad mayor del contrato con un país derive del análisis de las circunstancias del caso y de una especial motivación de la solución, que la haga resultar aceptable y razonable.

El marco normativo para ese proceso intelectual viene dado por el artículo 4 CR, precepto cuya interpretación ha generado cierta problemática, discutiéndose si la existencia de una prestación característica excluye o no la necesidad de operar un análisis del caso a fin de averiguar el Derecho más vinculado. Para entender las relaciones que se instauran entre las presunciones establecidas por el artículo 4.2 CR y la regla general contenida en el artículo 4.1 CR, es preciso escindir el doble cometido que el Convenio de Roma asigna a la ley del prestador característico. El establecimiento de las presunciones tiene que ver, por una parte, con las exigencias

de la certeza en la selección del Derecho aplicable. Por otra, el artículo 4.2 CR responde también a las exigencias de justicia, y ha sido elegida por ser expresión, en los casos típicos, de la mayor proximidad del contrato con un país, y por tanto la más justa. La existencia de una prestación característica no impide la necesidad de proceder, en todo caso, al examen de las circunstancias del supuesto concreto para determinar la ley más vinculada, determinando sólo la necesidad de motivar, de forma especial, el apartamiento de la ley del prestador característico. Por tanto, la relación entre los apartados 2 y 5 del artículo 4 CR aparece presidida por la dificultad de *comparar* el grado de proximidad que expresa la ley del prestador característico en relación a otros criterios en el caso que se esté enjuiciando. Ello aboca a la necesidad de averiguar las razones de orden material que otorgan contenido al principio de proximidad.

X

Aun con diferencias de matiz, las posiciones doctrinales en torno a la eficacia de la técnica de la prestación característica para averiguar la ley aplicable a los contratos de *joint venture,* convergen en indicar la escasa utilidad que, en general, presta esa técnica para la localización objetiva de estos contratos. Junto a ello, cierta doctrina rechaza de plano la eficacia de la regla de la prestación característica para proporcionar resultados satisfactorios de ley aplicable en los contratos de *joint venture*, a pesar de afirmar al tiempo la operatividad de esta técnica en algunos supuestos. Frente a estas aproximaciones, es preciso afirmar con rotundidad la absoluta imposibilidad de identificar una prestación característica en los contratos de *joint venture,* a la que puedan asociarse los efectos típicos que genera la existencia de una prestación característica (*ahorro de argumentación).* Ahora bien, ello no

impide la posibilidad de conducir el razonamiento conflictual, cuando pueda ser el caso, a través del fundamento de máxima proximidad que incorpora la regla de conexión que contiene el artículo 4.2 CR. No obstante, la ley hallada de este modo no concurre al test de proximidad en situación de privilegio respecto a otras leyes, siendo preciso que su proximidad sea acreditada a través de justificaciones de orden material.

En la actualidad se ha demostrado la eficacia de la teoría económica del Derecho para explicar la atribución a la ley del prestador característico de un papel privilegiado en el ámbito de las conexiones objetivas, dada la posibilidad de traducir las ventajas e inconvenientes que comporta la aplicación del Derecho propio o de un Derecho extranjero en riesgos, costes y beneficios de aquel carácter. En esta aproximación económica, la determinación objetiva de ley aplicable al contrato internacional consiste en un problema de imputación de *costes de información* jurídicos (*Rechtsermittlungskosten)*. Desde diferentes criterios económicos de reparto de riesgos, es posible derivar distintas conexiones que ofrecen resultados razonables en el ámbito de la localización objetiva del contrato, aunque no siempre son practicables u operativas en relación al contrato de *joint venture*. En primer lugar, la conexión por referencia a un mercado, en el sentido de mercado sobre el que se proyecta la previsibilidad de las partes desde la perspectiva de su planificación, escasamente resulta adecuada u operativa para la localización de los contratos de *joint venture*, dada la situación de paridad de los comportamientos planificados de las partes en este tipo de contratos y la frecuente inexistencia de grados diferentes de calculabilidad en relación a la aplicación de un determinado Derecho.

Cuando el *coste de información* jurídico que supone la aplicación de un Derecho extranjero no puede ser distribuido a través de la regla de mercado, es preciso acudir a otros criterios que tienen que ver con la capacidad individual de cada

contratante de asumir ese coste. Para la localización objetiva de los contratos de *joint venture* pueden resultar operativos el criterio de la mayor responsabilidad y asunción de riesgo que asume un participante en la operación, medido a través de la realización de mayores inversiones específicas, así como el criterio que se funda en la diversa complejidad jurídica de las prestaciones del contrato, y la distinta exigencia de implementación de unas y otras por el Derecho, que suelen coincidir (*ad. ex.* uno de los participantes debe construir una fábrica, mientras el otro contribuye a la financiación de la misma y pone a disposición su cadena de distribución en el país). La aplicación del Derecho hallado de este modo logra reducir el coste global de información del Derecho extranjero de la operación. Estos criterios de conexión dejan de ser operativos en caso de paridad de las prestaciones de unos y otros participantes, casos en los que no es posible hallar un grupo de prestaciones relativamente más complejas, lo que puede ser frecuente.

Excepcionalmente, el Derecho hallado de este modo podrá ceder en favor del Derecho del otro participante, cuando se acredite que el coste de conocer y acceder al Derecho extranjero es muy distinto para uno y otro participante, lo que ocurrirá, por ejemplo, cuando exista una divergencia muy acusada entre la capacidad de una y otra empresa para actuar en el medio internacional (*ad. ex.* frecuente maniobrabilidad en el ámbito del comercio internacional de una de ellas, especialmente en el país de la contraparte, la ubicación de la sede de algunas sociedades del grupo en el país de la contraparte o, incluso, la existencia en una de las sociedades contratantes de un departamento de asesoría legal de Derecho comparado). En estos supuestos, concebida la determinación objetiva del contrato como problema de imputación de costes de información jurídicos, para la parte que suministra las prestaciones más complejas es *más fácil* conocer el Derecho de su contraparte. La regla de base podrá ceder en favor de otras conexiones en los supuestos de desvinculación entre el Derecho hallado a través de esa conexión y el

participante en la operación *joint venture* (*ad. ex.* la sede del prestador característico, en el momento de la celebración del contrato, no manifiesta proximidad con el participante al deberse únicamente a razones de índole fiscal, situándose en otro lugar el centro de administración y explotación).

XI

La regla de solución de los vínculos más estrechos, basada en el principio de proximidad, supone la necesidad de indagar la ley aplicable al contrato a través de un procedimiento argumentativo o dialéctico, orientado hacia los valores y finalidades que inspiran a esta rama del Derecho, y tomando en consideración las peculiares circunstancias del caso enjuiciado. Dado que las partes podían haber elegido el Derecho aplicable, este proceso intelectual debe orientarse hacia la selección del Derecho que mejor responda a la conveniencia conflictual, no material, de las partes, y a sus expectativas objetivas, tal y como puedan deducirse de las circunstancias del caso. Puede hablarse así de un *índice de previsibilidad natural*, que indica el Derecho más esperado por las partes, o cuya aplicación aparece como razonable. De esta orientación general es posible extraer ciertas pautas de interpretación de la regla de los vínculos más estrechos como, por ejemplo, la preferencia por la ley común de las partes, o por el Derecho de una de ellas, la valoración de las conexiones desde la perspectiva de las expectativas objetivas de las partes, y el carácter mutable del vigor localizador que incorporan, que no es siempre el mismo. Ante la impracticabilidad de los criterios que derivan de la vertiente interna del contrato, hay que determinar el modo en el que los distintos criterios de conexión, en diferentes situaciones, traducen la mayor conveniencia y previsibilidad de las partes en relación a un determinado Derecho. Entre tales expectativas tienen

cabida, también, valoraciones objetivas sobre la oportunidad de la aplicación de un determinado Derecho, que pueden conducir, por ejemplo, a su marginación. E igualmente, cuando la referencia del contrato a disposiciones de un Ordenamiento no sea determinante de una designación tácita de ley aplicable, puede ser considerada, según los casos, como índice en favor de ese Derecho. Tampoco puede excluirse la existencia de una expectativa relacionada con valoraciones que tengan que ver con el contenido material de los Derechos en presencia, sobre todo cuando la dispersión del contrato es grande y el contrato no quede localizado con claridad en un Ordenamiento. En cambio, no resulta posible, ni conveniente, erigir al *favor negotii* en principio informador de la regla de los vínculos más estrechos en el Convenio de Roma.

XII

En defecto de designación expresa o tácita de ley aplicable, la máxima conveniencia vendrá dada por la aplicación de la ley de la nacionalidad o sede común de los participantes en la *joint venture,* Derecho que logra reducir el coste de información jurídico de la operación. No obstante, este Derecho puede ceder en favor del designado mediante otros criterios cuando la nacionalidad o sede de una de las sociedades participante no sea traducción de la existencia de una vinculación efectiva con ese país (*ad. ex.* venga determinada por motivos relacionados con una menor exigencia del Derecho de sociedades, o motivos de orden fiscal). En estos casos, quiebra la presunción favorable a esta ley, lo que determina la necesidad de averiguar el Derecho aplicable al contrato mediante el recurso a otros criterios. Este mismo razonamiento determina la posibilidad de considerar como Derecho más vinculado, en su caso, al del país de la explotación principal común de dos

sociedades.

Cuando los participantes provienen de distintos países, la regla general debe ser la aplicación del Derecho de alguno de ellos, en concreto, de aquél cuya sede coincida con el lugar de la sede de la sociedad *joint venture*. La mayor proximidad de este Derecho no viene dada simplemente por la existencia de una acumulación de conexiones en este país, ni por una suerte de conexión accesoria a la ley de la sociedad común, ni tampoco por considerarse a este Derecho el lugar de la sede organizativa del acuedo base. Su aplicación se justifica por ser el Derecho que corresponde a las expectativas objetivas de las partes, al menos en los supuestos típicos en los que el país de la sede de la sociedad común aparece como lugar donde se despliegan las tareas de cumplimiento y ejecución del contrato. La aplicación de este Derecho resulta doblemente conveniente, toda vez que no sólo resulta previsible sino que aparece como ley eficiente, al imponer sólo a una de las partes la necesidad de obtener información sobre el Derecho extranjero. La practicabilidad del criterio queda limitada a las situaciones en las que la sociedad *joint venture* tiene su sede en el país de un participante. Junto a ello, su vigor localizador aparece conectado con la ubicación única o dispersa de las tareas de cumplimiento del contrato, dado que cuando las actividades de ejecución del contrato tienen lugar en varios países, el criterio deja de ser operativo. En estos supuestos, la persistencia en la aplicación del Derecho del país de la sede de la sociedad *joint venture* habría de venir refrendada, bien a través de otros índices de previsibilidad que indiquen a este Derecho, bien ante la inexistencia de vinculaciones más fuertes del contrato con otros países. Junto a ello, cuando el número de participantes de procedencia extranjera en relación al país de la sede de la sociedad común es elevado (*ad. ex.* todos o la mayoría de los socios en la *joint venture*, a excepción del participante local, proceden de un único país), el Derecho de la sede de la sociedad común cede en favor de la ley del país de la sede de la mayor parte de los participantes, sobre todo si la posición de

conjunto de este grupo define el mayor riesgo y complejidad de prestaciones en la operación. Igualmente, cuando el número de participantes es elevado pierde razón de ser la justificación que otorga preferencia en la selección del Derecho aplicable al Derecho de uno de los participantes, por lo que no puede descartarse, de forma anticipada, la aplicación del Derecho de un país tercero si hacia él se proyecta la previsibilidad de las partes.

En comparación con el Derecho del participante que asume las prestaciones más complejas del contrato, el Derecho de la sede de la sociedad común incorpora una proximidad menor, dado el distinto carácter -interno y externo- de ambos criterios. Mientras el primero permite distribuir el coste de información jurídico desde la vertiente interna del contrato, el segundo no tiene en cuenta la dinámica de las prestaciones del contrato. Su virtud localizadora para determinar el Derecho aplicable a partir de la previsibilidad mayor que se genera respecto al Derecho hallado de este modo ha de quedar subordinada a la inexistencia de elementos de orden interno que permitan distribuir de forma eficiente el riesgo conflictual que genera el contrato internacional. Esta solución conecta con el criterio seguido por el Convenio de Roma cuando privilegia, con carácter general, a las conexiones que derivan de la dinámica interna del contrato frente a las conexiones de carácter externo.

XIII

La tesis que predica la atribución del relieve primario en la localización de los contratos de *joint venture* a las conexiones que tiene que ver con el carácter social del contrato (*ad. ex.* ley del lugar de la administración, del centro económico de la

actividad social, del lugar de las reuniones habituales de los participantes, o del lugar en el que se realizan las actividades de coordinación y de control), no merece una valoración positiva. A la ventaja consistente en la eventual simplificación del problema de ley aplicable que aparentemente produce esa tesis, es preciso enfrentar la orientación general que informa la regla de los vínculos más estrechos, en cuya base no existen sino razones de orden material. De un lado, frente al interés en obtener soluciones diferenciadas y *fáciles*, el acusado componente casuístico que caracteriza a este sector de la contratación no aconseja proponer soluciones con pretensión de validez general, que puedan generar una simplificación de la realidad no justificada. La diversidad de las situaciones sugiere la necesidad de formular soluciones sólo a modo de tendencia, indagando la solución del caso a través de un proceso de carácter tópico. De otro, desde la perspectiva de las razones materiales que prestan sustento a la regla de los vínculos más estrechos, la consideración primaria de las conexiones que tienen que ver con el elemento cooperativo del contrato origina resultados poco razonables, que no responden a los intereses en presencia (*ad. ex.* aplicación del Derecho de un país tercero en cuyo territorio tienen lugar las reuniones de los participantes cuando éstos tienen su sede en el mismo país y crean la *joint venture* en otro distinto). Una solución respetuosa con las razones de justicia que informan a la conexión objetiva determina la conveniencia de consultar la dinámica interna del contrato en busca de una divergencia nítida entre las posiciones de los participantes en relación a la mayor o menor necesidad de consulta jurídica. La aplicación de la ley averiguada a través del fundamento de la prestación característica promueve también las exigencias de la certeza del Derecho en cuanto no margina, sino que profundiza, en el principio de máxima proximidad que se vislumbra en la regla que establece el artículo 4.2 CR. La ley del lugar de las reuniones periódicas de los participantes no tiene en cuenta la dinámica interna del contrato, no responde a las razones de justicia que informa la conexión objetiva, pudiendo ser absolutamente fortuita. Es preciso afirmar, por tanto, la imposibilidad

de atribuir primacía general a los criterios de conexión que derivan del momento cooperativo para la determinación de la ley aplicable a los contratos de *joint venture*.

No obstante, los distintos criterios de conexión relacionados con el elemento cooperativo del contrato de *joint venture* pueden poseer un valor localizador distinto y variable. Por una parte, el criterio basado en la asunción por un participante de especiales competencias de gestión interna o externa de la *joint venture*, se sitúa, como criterio interno, en el primer lugar de los criterios a tener en cuenta. La virtualidad de este criterio puede ser relevante, sobre todo cuando las prestaciones de los participantes en la operación resultan equivalentes o, en todo caso, cuando las funciones de dirección o control son de alcance muy general (prestación de gestión). El criterio es impracticable cuando todos los socios asumen labores de dirección y gestión del acuerdo base, así como de vigilancia de la ejecucion de los contratos satélites.

Por otra parte, el lugar donde tienen lugar las reuniones habituales de los socios es normalmente un criterio externo a la economía del contrato por lo que, en principio, no se sitúa en posición de ventaja frente a otros. Su vigor localizador presupone la existencia de reuniones periódicas de los participantes en un concreto lugar, lo que no sucederá siempre. De otro lado, este vigor puede variar según si el Derecho identificado resulta o no de carácter fortuito (*ad. ex.* las reuniones de una *joint venture* entre una sociedad española y otra alemana tienen lugar en el aeropuerto de París). En defecto de otros criterios, y cuando sea operativo, este criterio puede ser determinante de la mayor previsibilidad de las partes sobre la aplicación del Derecho de una de las partes. Este criterio puede servir, sobre todo, como elemento de refuerzo para determinar la aplicación al contrato de *joint venture* de la ley del participante gestor. Su vigor localizador será alto cuando sea difícil localizar el contrato y conduzca a la aplicación del Derecho de una de las partes.

Cuando no, habría que examinar si otros criterios externos no revelan un grado de proximidad mayor en favor del Derecho de alguno de los participantes. Cuando indique a un tercer Derecho, a salvo el caso de pluralidad de participantes, habrá de ceder en favor de otros que indiquen la mayor proximidad del Derecho de alguno de los participantes. Habría entonces que acudirse a otros criterios, como por ejemplo, el lugar de la negociación y conclusión del contrato.

XIV

Aunque, por su carácter externo, los criterios de conexión del lugar de negocación y de conclusión del contrato son frecuentemente relegados como índices de previsibilidad, la posibilidad de atribuir vigores localizadores variables a tales conexiones puede determinar la relevancia de estos criterios para la localización objetiva de los contratos de *joint venture*, especialmente cuando el lugar de negociación y de celebración del contrato han adquirido una significación especial. La posibilidad de que tales criterios se muestren como capaces de traducir expectativas de las partes en relación al Derecho hallado de este modo es clara, por ejemplo, cuando el contrato se ha gestado tras proceso dilatado de negociación en el país de una de las partes. Ello es especialmente predicable cuando la negociación en el país de alguno de los participantes ha determinado la asunción por éste de especiales labores organizativas y de preparación del contrato. El criterio deja de ser operativo cuando no es posible reconocer un lugar de negociación del contrato que sea preponderante, y no resulte apto para traducir una especial previsibilidad de las partes sobre la aplicación de ese Derecho. Igualmente, ha de valorarse con cuidado la posibilidad de que esta conexión conduzca a un Derecho tercero, aparecieno más bien como criterio de refuerzo. De la estructura funcional de la *joint venture*, en sí

misma, y de los motivos para la creación de la *joint venture*, no es posible derivar la mayor vinculación del contrato con un país. No obstante, cuando esta estructura funcional sea traducción de la posición destacada del participante extranjero en el contrato de *joint venture* será aplicable este Derecho. Parecidas afirmaciones cabe efectuar en relación al criterio de la participación desigual en la sociedad *joint venture*, criterio que tampoco puede considerare como verdaderamente autónomo.

XV

Ante la imposibilidad de localizar el contrato en el país de alguno de los participantes, es posible afirmar el vigor localizador que despliega, como conexión de cierre, el Derecho de la sede de la sociedad *joint venture*, solución preferible al fraccionamiento del contrato y a la respuesta que puede derivar de una aplicación cumulativa de leyes. En estos casos, el intérprete ha de prescindir del proposito inicial de localizar el contrato en el país de una de las sociedades participantes, toda vez que la aplicación de uno de esos Derechos, en detrimento del resto y en defecto de razones materiales, puede volver arbitrario el proceso de selección del Derecho aplicable. En los casos típicos, y ante la dispersión de los elementos del contrato, la aplicación de la ley de la sociedad *joint venture* responderá a la previsibilidad de las partes, cuyo punto común resulta ser la sociedad conjunta, donde normalmente tienen luggar las tareas principales de ejecución del contrato. Sin embargo, no es posible descartar la existencia de una expectativa objetiva de las partes resuelta a excluir precisamente la aplicación de este Derecho, expectativa que puede ser pertinente para provocar el desplazamiento del Derecho hallado de este modo. No es posible, pues, elevar al Derecho de la sede de la sociedad común como criterio de cierre en todos los casos. Para estos casos difíciles puede ser conveniente el juego de otros criterios,

o indicios generales, en relación al Derecho aplicable como, por ejemplo, las cláusulas de jurisdicción o de arbitraje, las referencias a un Derecho, la moneda de pago, el idioma empleado, etc. siempre que de los mismos no haya podido seguirse la existencia de una elección tácita de ley aplicable. En el ámbito del arbitraje, en cambio, para estos casos difíciles estaría más que justificada la aplicación de una regla de la *lex mercatoria*.

XVI

La decisión sobre la homogeneidad o heterogeneidad del régimen jurídico de la *joint venture* no puede resolverse de forma general ni para el conjunto contractual que compone la *joint venture* ni para todos los casos. Frente a la idea mayoritaria que mantiene la necesidad de proveer un régimen jurídico unitario a la operación, a través de la actuación de una conexión accesoria, parece más razonable decidir sobre la base del análisis de los intereses en presencia. En este sentido, la afirmación de un régimen unitario para la operación cuenta con el inconveniente de la necesidad de identificar los elementos contractuales que conforman la unidad funcional de la operación y ello dado que, como se mostró con anterioridad, los contratos que circundan a la *joint venture* participan de la unidad funcional con *distintas intensidades*. Dado que ni el fraccionamiento ni la unidad de régimen jurídico constituyen fines en sí mismos, es preciso analizar la concreta situación y los intereses en presencia en cada caso. Las posibilidades de acordar una conexión accesoria para los contratos satélites y determinar la aplicación a éstos de la ley aplicable al acuerdo base podrá depender, entre otros criterios, del tipo de relación que se instala entre unos y otros contratos. Aunque no será el único elemento relevante (*ad. ex.* el contrato de *joint venture* haya sido objeto de una designación

forzada, exista un interés relevante de una parte en la aplicación de su Derecho, etc). Como regla general, es preciso evitar cualquier tipo de automatismo en la decisión.

XVII

El régimen jurídico internacional que corresponde en nuestro DIPr. a las sociedades más simples, entre las que se encuentra el acuerdo base de *joint venture*, ha de ser construido mediante la escisión de los aspectos que quedan sometidos al estatuto social y aquéllos cuya regulación queda conferida al Convenio de Roma. Para la determinación del régimen objetivo de la sociedad ha de acudirse a los criterios de atribución de nacionalidad que proporciona el artículo 28 Cc, norma que se presta a una difícil interpretación, a la vista de las dificultades en la comprensión fáctica o jurídica de lo que sea el domicilio social. A efectos del trabajo, y en atención a las ideas que ha expresado la doctrina española, el acuerdo base de *joint venture* con personalidad jurídica tendrá nacionalidad española cuando los participantes hayan elegido someter la sociedad a esta ley y sitúen en España el centro de su administración.

El estatuto determinado de este modo es decisivo para decidir cuestiones como la capacidad de la sociedad, órganos que pueden representarla o la responsabilidad de la sociedad y de los socios por las deudas sociales. Por el contrario, en relación a todos los aspectos con relevancia exclusivamente interna, los participantes en la *joint venture* pueden someterlos a la ley que estimen apropiada. En defecto de normas imperativas, o de exigencias del tipo social, los amplios resquicios que para la construcción interna atribuye nuestro ordenamiento a los socios en esta clase de sociedades determinan amplias posibilidades para la autonomía

conflictual. Las consecuencias prácticas de esta afirmación aparecen sobre todo en las construcciones contractuales complejas como la *joint venture* en las que el hecho de la personificación de la sociedad no impide a los socios una construcción conflictual de sus relaciones en el ámbito de la sociedad. En este sentido, cobra interés la posibilidad de someter las obligaciones que asuma un participante frente a la sociedad *joint venture* en el ámbito del acuerdo base al Derecho de la sede de aquél, o la de realizar una designación fraccionada de ley aplicable para someter a un Derecho distinto del aplicable al resto del contrato los pactos de accionistas contenidos en el contrato. La ley designada a través de las normas uniformes decidirán sobre la validez del contrato de sociedad en sus aspectos negociales (no sobre el surgimiento de personalidad jurídica), así como, en la medida en que son cuestiones de carácter interno, sobre las causas de disolución y la duración del acuerdo, sin perjuicio de las normas imperativas de la *lex societatis*. Las reclamaciones de los terceros en el ámbito de la liquidación no dejan de regirse por el estatuto de la sociedad. Respecto a la capacidad delictual, aunque la solución más afortunada reclama la aplicación de la regla *locus delicti*, en nuestro ordenamiento no parece contemplarse otra posibilidad que la aplicación de la *lex societatis*.

En defecto de elección de ley por los participantes, con carácter general podrá operar una suerte de conexión accesoria de la cuestiones sociales internas en favor de la *lex societatis*, aunque no puede descartarse la posibilidad de un fraccionamiento, del mismo modo, dada la analogía de la situación, que se produce en relación al contrato base de *joint venture* sin personalidad jurídica. De los principios de Derecho material y, en concreto, de la imposibilidad de gravar al tercero mediante contrato, la efectividad del estatuto social puede verse alterada, en la organización de la representación y de la responsabilidad, en consideración de la apariencia creada por la sociedad base. En estas situaciones, no se produce una alteracion del estatuto de la sociedad sino que simplemente éste se hace inoponible

al tercero que no lo haya podido conocer y respecto del cual se haya creado una situación de apariencia.

XVIII

Del acuerdo base de *joint venture* con personalidad jurídica debe distinguirse netamente la sociedad *joint venture*, normalmente una sociedad de capitales que goza del beneficio de la responsabilidad limitada. Uno y otro tipo de sociedades plantean en DIPr una problemática distinta, toda vez que si con éstas básicamente se plantea un problema de reconocimiento de la sociedad, tal y como ha ganado personalidad mediante un procedimiento de homologación ante una autoridad de un país extranjero, en el caso de las sociedades más simples se trata por el contrario de un problema netamente de ley aplicable, en concreto, de determinación del estatuto personal de la sociedad.

En el ámbito de las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, nuestro ordenamiento, de facto, atribuye la nacionalidad española a las sociedades que se constituyan válidamente conforme a la ley española, lo que exige su inscripción en el Registro Mercantil. En sí, el dato de la domiciliación real en España no resulta decisivo, siendo sólo determinante la constitución conforme a las disposiciones de nuestro Ordenamiento jurídico. En la práctica, el artículo 5.2 LSA produce como efecto *el no reconocimiento de todas aquellas sociedades que, constituidas con arreglo a un Derecho societario extranjero, localicen en España su establecimiento o explotación principal.* Cuando la *joint venture* pretenda ubicar el centro de explotación principal de sus actividades en España, deberá constituirse

conforme a la ley española, bajo sanción de no reconocimiento en caso de incumplimiento de esta obligación. Los participantes han de tener en cuenta si la sociedad común localizará o no en España el establecimiento o centro de explotación principal de esta sociedad. En caso afirmativo, esta sociedad habrá de ajustarse a la LSA y constituirse como sociedad española, pues en otro caso no será reconocidad.

XIX

El contrato de sociedad que tiene por objeto la constitución de la sociedad *joint venture* ha de adecuarse, por su fin, a las disposiciones de la *lex societatis*, en cuanto de otro modo no podrá cumplir su objetivo. No obstante, este contrato no se rige por la *lex societatis* sino por la *lex contractus*. Otra solución no es congruente con la posibilidad de que, del contrato de sociedad, surja una sociedad de distinto tipo a la pretendida, e incluso de nacionalidad diversa, lo que puede ser posible a la vista de los criterios de atribución de nacionalidad a las sociedades de nuestro Ordenamiento. Esta dinámica de actuación deriva en parte del modo parcialmente distinto en que opera la norma de conflicto en materia de sociedades respecto a los diferentes tipos sociales según exista o no un control centralizado o no de la legalidad de la constitución así como en función del carácter, constitutivo o no, de la inscripción registral. Las obligaciones de los participantes de prestación a la sociedad *joint venture* se rigen por la ley determinada conforme a las disposiciones del Convenio de Roma. El estatuto social, no obstante, puede incidir sobre esta regulación bajo diverso título, bien para dedidir sobre la eficacia de los pactos extraestatutarios, bien para determinar interferencias materiales sobre la vida y vicisitudes de los pactos de aportación a la sociedad, dadas las exigencias del deber de fidelidad.

El tratamiento de DIPr que merecen los pactos parasociales constituye una cuestión espinosa a nivel doctrinal, dudándose sobre la aplicación del estatuto social o el contractual para determinar la admisibilidad de tales acuerdos, y existiendo propuestas de soluciones diferenciadas. Frente a las dificultades que comporta la escisión de diferentes tipos de pactos, cuya admisibilidad quedaría regida respectivamente por la *lex contractus* o la *lex societatis*, parece más conveniente construir el régimen jurídico internacional de tales pactos a través de las siguientes pautas. De un lado, el contrato en el que se insertan los pactos parasociales queda sometido a la regulación del Convenio de Roma. No obstante, la ley reguladora de la sociedad a la que afectan tales pactos podrá recibir aplicación cuando reclame aplicación al caso. La vía para la aplicación de estas normas puede ser la dispuesta por el artículo 7.1 CR. Los pactos contrarios a la *lex societatis* serán considerados nulos, rigiéndose los efectos de la nulidad por la ley aplicable al contrato. La nulidad de tales pactos debe determinar que no prospere la pretensión orientada a exigir, conforme a la *lex contractus*, la responsabilidad por los daños ocasionados a través del incumplimiento.

XX

En suma, a la vista de estas aclaraciones resumidas del trabajo, se ha tratado de configurar para la regulación jurídico internacional de las operaciones de *joint venture* un esquema de soluciones que, lejos de facilitar las cosas, pretende ser más consecuente con la complejidad de la realidad del comercio internacional con la que se trata, y que plantea al jurista nuevos desafíos cada vez que la práctica lleve a sus manos la necesidad de enjuiciar una operación de este tipo. No se trata de un sistema de solución cerrado, como tampoco lo es la realidad que trata de aprehender, sino

abierto a mayores posibilidades de argumentación, en el que para la fijación del Derecho aplicable podrán pesarse unas con otras razones, en el modo en que aparezcan configuradas por la realidad del caso. El cuadro, condicionado por los valores en presencia, y caracterizado por el desarrollo del método argumentativo en el razonamiento jurídico, por la atribución al juez de una labor creativa, aunque no arbitraria, así como por el relativismo consustancial a las soluciones de ley aplicable, que quedan dependientes de las circunstancias del supuesto, no supone situar al intérprete frente a la imposibilidad o ante un mero análisis de tipo destructivo. Únicamente se trata de prepararle para el DIPr. que está viniendo, donde las soluciones de textura abierta, que comienzan a abundar en nuestro sistema, exigen del jurista que afine su respuesta.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

La AEIE: el surgimiento de una nueva cooperación europea: balance de tres años de experiencia. Comisión de las Comunidades Europeas. Luxemburgo, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 1993.

M. AGUILAR NAVARRO: *Derecho Civil Internacional,* volumen II de Derecho Internacional Privado, Madrid, SPUCM, 1979.

J.F. AGUILO: "En torno a la *joint venture*", *RGD,* 1988, págs. 5813-5847.

G. AGHINA: "La nozione di controllo congiunto ai fini della applicazione delle norme antitrust comunitarie e italiane sulle imprese comuni", *Riv.dir.ind.*, 1993, págs. 491-498.

M. ALBALADEJO: *Derecho civil,* II, vol. 2º, 7ª edic., Barcelona, Bosch, 1982.

K. ALBIEZ DOHRMANN: "Comentario al artículo 1665 Cc", *Código Civil, Doctrina y Jurisprudencia,* Tomo VI, Volumen primero, Artículos 1604 a 1821, Dir. J.L. Albácar López, Madrid, Trivium, 1995, págs. 139-154.

id: "Comentario al artículo 1669 Cc", *Código Civil, Doctrina y Jurisprudencia,* Tomo VI, Volumen primero, Artículos 1604 a 1821, Dir. J.L. Albácar López, Madrid, Trivium, 1995, págs. 164-176.

J. ALFARO AGUILA-REAL: "Los costes de transacción", *Estudios en Homenaje al profesor Aurelio Menéndez, Tomo I, Introducción y títulos valor,* Madrid, Civitas, 1996, págs. 133-162.

A. ALONSO UREBA: "Consideraciones críticas sobre la reforma en materia de sociedad en formación y sociedad irregular", *RdS,* número extraordinario dedicado a las sociedades de responsabilidad limitada, 1994, págs. 109-127.

I. ALTIN-SIEBER: *Joint Ventures, Technologietransfer und -Schutz*, Heidelberg, Verlag Recht und Wirtschaft GmbH, 1996.

S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ: "Comentario al art. 12.1 Cc.", *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales, Dir. M. Albaladejo, S. Díaz Alabart*, tom. I, vol 2º, 2ª edic, Madrid, Edersa, 1995, págs. 842-880.

id: "La ley aplicable a la responsabilidad precontractual en DIPr español", *REDI*, XLII, 1990, págs. 125-152.

id: "Objeto del Derecho Internacional Privado y Especialización Normativa", *ADC*, vol. XLVI-III, 1993, págs. 1109-1151.

D. ÁLVAREZ PASTOR y F. EGUIDAZU: *Inversiones extranjeras*, Pamplona, Aranzadi, 1996.

ANONIMO: "Joint venture corporations. drafting the corporate papers", *Harvard LR*, vol. 28, 1964, págs. 393-425.

V. ARANGIO RUIZ: *La società in diritto romano*, Nápoles, Eugenio Jovene, 1965.

R. ARENAS GARCÍA: "La *lex societatis* en el Derecho de las sociedades internacionales", *DN*, Año 7, núm. 70-71, 1996, págs. 11-26.

id: "Ámbito de la *lex societatis*", *Derecho del comercio internacional*, Dirigido por J.C. Fernández Rozas (editor), C. Esplugues Mota, S.A. Sánchez Lorenzo (coordinador), S. Álvarez González y P. Rodríguez Mateos, Madrid, Eurolex, 1996, págs. 232-242.

id: Acceso del empresario al Registro Mercantil y DIPr, Barcelona, 1996.

H.D. ASSMANN: "Gemeinschaftsunternehmen (Joint Ventures)" *Aktiengesetz, Großkommentar*, Hrsg. K.J. Hopt u.a. 4. Auf, 1992, págs. 279-282.

A. ASTOLFI: *Il contrato di joint venture. La disciplina giuridica dei ragrupamenti temporanei di imprese*, Milán, Giuffrè, 1981.

id: El contrato internacional de joint venture, (traducido por G.A. Moglia Claps), 2ª edic, Buenos Aires, Depalma, 1986.

B. AUDIT: "Le caractère fonctionnel de la règle de conflit", *Rec. des Cours,* tomo 186, 1984, págs. 219-397.

T. BALLARINO y A. BONOMI: "Materie escluse dal campo di applicazione della convenzione di Roma", *La convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, Milán, 1994, págs. 90-136.

L.O. BAPTISTA y A. SIERRALTA RIOS: *Aspectos Jurídicos del Comercio Internacional,* 2ª edic., Perú, 1993, págs. 185-249.

L.O. BAPTISTA y P. DURAND-BARTHEZ: *Les associations d'entreprises (joint-ventures) dans le commerce international,* 2ª edic., París, LGDJ, 1991, (1ª edic., 1986).

Ch. VON BAR: *Internationales Privatrecht,* tomo II, Munich, 1991.

R. BÄR: *Kartellrecht und internationales Privatrecht,* Berna, Stämpfli, 1965.

R. BARATTA: *Il collegamento più stretto nel diritto internazionale privato dei contratti,* Milán, Giuffrè, 1991.

S. BARIATTI: *L'interpretazione della convenzioni internazionali di diritto uniforme,* Padua, Cedam, 1986.

E. BARTIN: "La doctrine des qualifications et ses rapports avec le caractère national du conflit de lois", *Rec. des Cours,* tomo 1930, I, págs. 561-621.

J. BASEDOW: "Wirtschaftskollisionsrecht -Theoretischer Versuch über ordnungspolitischen Normen es Forumstaates", *RabelsZ*, vol. 52, 1988, págs. 8-40.

id: "Entwicklungslinien des internationalen Kartellrechts", *NJW*, 1989, Heft 10, págs. 627-638.

id: "Conflicts of economic regulations", *Principios, objetivos y métodos del Derecho internacional privado. Balance y perspectivas de una década, Cuartas jornadas de Derecho internacional privado, Madrid, 4 y 5 de junio de 1993*, Madrid, 1995, págs. 79-102.

H. BATIFFOL: "La loi appropriée au contrat", *Le droit des relationes économiques internationales, Études offertes à B. Goldman*, París, 1987, págs. 1-13.

H. BATIFFOL y P. LAGARDE: *Droit international privé*, tomo II, 7ª ed., París, LGDJ, 1983.

M. BAUER: "Technologie-transfer-Verträge-Struktur und typische Probleme", *Der Komplexe Langzeitvertrag. Strukturen und internationale Schiedsgerichtsbarkeit, Heidelbereg Kolloquium Technologie und Recht, 1986*, Heidelberg, C.F. Müller Juristicher Verlag, 1987, págs. 207-224.

A. BAUMANNS: "§ 22 Joint Ventures", *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 1, BGB-Gesellschaft·Offene HandelsgesellschaftPartnerschaftsgesellschaftPartenreederei·EWIV*, Hrsg. B. Riegger y L. Weipert, Múnich, C.H. Beck, 1995, págs. 502-517.

M. BAUS: *Treueplichten des Aktionärs im Gemeinschaftsunternehmen*, Frankfurt a.M., Bern, New York, París, 1991.

W.F. BAYER: "Horizontal Groups and Joint Ventures in Europe", *Festschrift für Konrad Zweigert*, Tubinga, J.C.B. Mohr, 1981, págs. 363-379.

J.P. BEGUIN: *Les entreprises conjointes internationales dans les pays en voie de developpement*, Génova, Institut Universitaire des hautes études internationales, 1972.

G. BEITZKE: *Juristische Personen im internationalprivatrecht und Fremdenrecht*, Munich y Berlin, 1938.

id: "Kollisionsrecht von Gesellschaften und juristichen Personen", *Vorschläge und Gutachten zur Reform des deutschen internationalen Personen- und Sachenrechts*, Tübingen, 1972, págs. 97 y ss.

M. BELADIEZ ROJO: *Los principios jurídicos*, Madrid, Tecnos, 1994.

G.J. BELL: *Principles of the law of Scotland*, Edimburgo, The Clark Law Bookseller, 4ª edic, 1839.

A. BERKEMEIER: "Technologietransfer-Verträge nach Brasilien im Spannungsfeld zwischen Privatautonomie und staatlicher Wirtschaftsintervention", *RIW*, 1986, Heft. 6, págs. 433-439.

E. BETTI: *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, Madrid, 1975.

J.M. BLANCO FERNÁNDEZ: "La nacionalidad de la sociedad en la Ley de Sociedades Anónimas", *RDM*, 1992, núms.203-204, págs. 245-276

N. BOBBIO: *Teoría General del Derecho*, Madrid, Debate, 1995.

Th.M. DE BOER: "The EEC Contracts Convention and the Dutch Courts", *RabelsZ*, 54, 1990, págs. 24-62.

K.H. BÖCKSTIEGEL: "Die Bestimmung des anwendbaren Rechts in der Praxis internationaler Schiedsgerichtsverfahren", *Festschrift für G. Beitzke*, 1979, págs 443-

458.

D. BONVICINI: *Le joint ventures. Tecnica Giuridica e Prassi Societaria*, Milán, Giuffrè, 1977.

J.A. BOON: "Les associations momentanées d'enterprises pour la réalisation d'un ouvrage", *Dr.pr.com.int*, 1, 1975, págs. 203-214.

id: "Problèmes juridiques soulevés par la conclusion de consortiums internationaux", *Annales de la Faculté de droit de Liège*, 9, 1964, págs. 373-411.

H. BOOYSSEN: "Die internationale lex mercatoria: das Erfordernis ihrer Umgestaltung zu einer rechtswissenschaftlichen. Synthese und ihr Verhältnis zum Völkerrechts", *Archiv des Völkerrechts*, 1992, págs. 196-211.

id: "Völkerrechtliche als Vertragsstatut internationaler privatrechtlicher Verträge", *RabelsZ*, 59, 1995, págs. 245-257.

D. BORDE y S. MENG: "Les sociétés à capitaux mixtes sino-étrangers en République Populaire de Chine", *RDAI*, 1993, núm 5, págs. 537-551.

I. BORRAJO INIESTA: "Las libertades de establecimiento y de servicios en el Tratado de Roma", *Tratado de Derecho comunitario europeo*, tomo II, E. García de Enterría, J.D. González Campos, S. Muñoz Machado, Madrid, Civitas, 1986, págs. 149-260.

A. BORRÁS RODRÍGUEZ: "Los convenios complementarios entre los Estados Miembros de la CEE", *Noticias CEE*, nº 12, 1986, págs. 115-118.

F. BORTOLOTTI y R.M.MORRESI: "Joint ventures", *Novissimo Digesto italiano*, Appendice, vol. IV, Turín, 1983, págs. 535-560.

N. BOUZA VIDAL: "Aspectos del Derecho internacional privado de los contratos de transferencia de tecnología", *Cursos de Derecho internacional de Vitoria-Gasteiz, 1991*, Bilbao, Serv. ed. univ. País Vasco, 1992, págs. 227-269.

id: "Los acuerdos de cooperación entre empresas ante el DIPr.", Conferencia pronunciada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada el 23 de noviembre de 1990 con motivo del II Curso de Derecho del Comercio Internacional (inédito).

J.F. BRODLEY: "Joint Ventures and antitrust policy", *Harvard LR*, 95, 1982, págs. 1521-1590.

G. BROGGINI: "Regole societarie del nuovo diritto internazionale privato svizzero", *Festschrift für Mario Pedrazzini*, Berna, 1990, págs. 263-285.

M. BROSETA PONT: *Manual de Derecho Mercantil*, 10ª edic., Madrid, Tecnos, 1994.

J.T. BROWN: "International joint venture contracts in English Law", *Dr.pr.com.int.*, 5, 1979, págs. 193-243.

id: "Joint ventures: What are they ?", *Dr.pr.com.int.*, 1, 1975, págs. 197-202.

P. BUROW: "Introducción al análisis económico del Derecho", *AC*, XLIII, 1993, págs. 819-828.

J.A. BURT: "Joint venture experience: observations on the business and legal challenges", *New York University journal of international law and politics*, 1989-90, vol 22, págs. 435-445.

A. BURZYNSKI: "The concept of a joint venture and the legal context for joint ventures in CMEA countries", *Florida int.law.journ.*, 5, 1989-90, págs. 183-192.

G. CABANELLAS: "Applicable Law Under International Transfer of Technology", *IIC*, 15, 1984, págs. 39-67.

L. CAFLISCH: "La nationalité des sociétés commerciales en droit international privé", *ASDI*, XXIV, 1967, págs. 119-160.

A.L. CALVO CARAVACA: "Régimen jurídico de la gestión administrativa del enlace fijo a través del estrecho de Gibraltar y cuestiones de Derecho internacional privado", *RGD*, 1987, págs. 6697-6748.

id: "Comentario al art. 9.11 Cc.", *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales, Dir. M. Albaladejo y S. Díaz Alabart*, tomo I, vol 2º, 2ª edic, Madrid, Edersa, 1995, págs. 479-525.

id: "Las sociedades de capital en el tráfico jurídico internacional", *RGD*, 1988, págs. 3679-3701.

M. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ: *Estudios de Derecho Mercantil, Primera Parte, I*, Madrid, Edersa, 1977.

C. CAMPIGLIO: "Prime applicazioni della clausola d'eccezione europea in materia contrattuale", *Riv.dir.int.pr.proc.*, 1992, págs. 241 y ss.

F. CAPILLA RONCERO: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, Dir. M. Albaladejo*, Tomo XXI, vol. 1º, Artículos 1665 a 1708 del Cc, Madrid, 1986.

id: La persona jurídica: funciones y disfunciones, Madrid, Tecnos, 1984.

S.M. CARBONE: "Il contratto senza legge e la convenzione di Roma", *Riv.dir.int.pr.proc.* XIX, 1983, págs. 279-287.

id: "Patti pasasociali, autonomia privata e diritto privato", *Riv.dir.int.pr.proc.*, XXVII, 1991, págs. 885-894.

id: "l'autonomia privata nel Diritto internazionale privato delle obligazioni", *Dir.com.scam.int.*, 1982, págs. 15-38.

S. CARBONE, S y A. D'ANGELO: "De-qualificazione e fonti normative di disciplina del contratto di cooperazione tra imprese", *Dir.comm.int.*, 1, 1987, págs. 35-57.

S. CARBONE e A. D'ANGELO: *Cooperazione tra imprese e appalto internazionale*, Milán, Giuffré, 1991.

J. CARRASCOSA GONZÁLEZ: *El contrato internacional. Fraccionamiento versus unidad*, Madrid, Civitas, 1992.

id: "Comentario al art. 5.1 CB", *Comentario al Convenio de Bruselas, Edición de A.L. Calvo Caravaca*, Madrid, 1994, págs. 77-101.

id: "Obligaciones contractuales", en A. Marín López y otros: *Derecho internacional privado español, II, Parte especial, Derecho Civil Internacional*, 8ª edic., Granada, 1994, págs. 291-327.

J. CARRASCOSA GONZÁLEZ y F. ESTEBAN DE LA ROSA: "La persona jurídica", en A. Marín López y otros: *Derecho internacional privado español, II, Parte especial, Derecho Civil Internacional*, 8ª edic., Granada, 1994, págs. 67-99.

D. CARREAU y J-Y MARTIN: "Le passage de la Roumanie a une economie de marche: les lois du 3 avril 1991 sur les investissements etrangerers et du 14 aout 1991 sur la privatisation des societes commerciales", *Dir.comm.int.*, 5, 1991, págs. 599-601

L.F. CARRILLO POZO: *El contrato internacional: la prestación característica,* Zaragoza, Cometa, 1994.

G. CASSONI: "I contratti colegatti nel diritto internazionale privato, *Riv.dir.int.pr.proc.*, XV, 1979, págs. 23-42.

id: "Problemi relativi al fenomeno del gruppo sotto il profilo della legge regolatrice e della legge sostanziale italiana.", *Riv.soc.*, 1985, págs. 862-894.

F.DE CASTRO Y BRAVO: *La persona jurídica,* Madrid, Civitas, 1981.

id: El negocio jurídico, Madrid, Civitas, 1985.

D. CATERINO: "Incidenza sulla struttura societaria ed illiceità dell'organizzazione parasociale nei patti di sindacato: il caso AMEF-Mondadori", *Riv.soc.*, 1993, págs. 847-887.

D. CAVERS: The Choice-of-Law Process, Michigan, Ann Arbor The University of Michigan Press, 1965.

J-J. CAUSSAIN: "L'organisation contractuelle des pouvoirs dans la société par actions simplifiée (France)", *RDAI,* 1996, nº 8, págs. 939-960.

CEE: "Encouragement of Cooperation between Undertakings: a new Policy for Cooperative Joint Ventures, (Communication of the EEC Commission)", *RDAI,* 1993, núm. 1, págs. 81-112

J. CIESLIK: "Prácticas regulatorias en la adquisición de tecnología en los países en desarrollo: una visión preliminar", *Rev.der.ind,* 13, 1991, págs. 136-164.

R.H. COASE: "The nature of the firm", *Economica,* 4, 1937, págs. 386 y ss.

G. CORTIZO SÁNCHEZ: "Distintas formas de colaboración y agrupación empresarial (Joint Venture)", *ICE*, 1990, págs. 917-922.

V. CUARTERO RUBIO: "Control judicial del laudo", *Derecho del comercio internacional*, Dirigido por J.C. Fernández Rozas (editor), C. Esplugues Mota, S.A. Sánchez Lorenzo (coordinador), S. Álvarez González y P. Rodríguez Mateos, Madrid, Eurolex, 1996, págs. 494-500.

C. CHAMPAUD: "Les methodes de groupement des sociétés", *Rev.trim.dr.comm.*, 20, 1967, págs. 1003-1044.

M. CHECA MARTÍNEZ: "La ley 19/1989 de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil en materia de sociedades: La nacionalidad de la sociedad anónima", *REDI*, 1989, págs. 662-664.

id: "Arbitraje entre Estados e Inversores Privados: entrada en vigor del Convenio de Washington de 18 de marzo de 1965", *REDI*, XLII, 1995-1, págs. 322-325.

id: El crédito documentario en el Derecho del comercio internacional, Madrid, Beramar, 1994.

id: "Inversiones extranjeras en España e Inversiones españolas en el extranjero", *Derecho del comercio internacional*, Dirigido por J.C. Fernández Rozas (editor), C. Esplugues Mota, S.A. Sánchez Lorenzo (coordinador), S. Álvarez González y P. Rodríguez Mateos, Madrid, Eurolex, 1996, págs. 126-131.

A.M. CHEVALLIER: "L'accord d'actionnaires dans la filiale commune", *RDAI*, 1988 nº7, págs. 857-872.

E. CHULIA VICENT y T. BELTRÁN ALANDETE: *Aspectos jurídicos de los contratos atípicos*, I, Barcelona, Bosch, 1992.

id: "Consideraciones sobre el contrato de joint venture", *Rev. La Ley*, 1989, 4, págs. 978-983.

L. DABIN: "Accords de coopération inter-entreprises pour la realisation de marchés internationaux", *Dr.pr.comm.int,* 5, 1979, págs. 337-358.

id: "Les structures de coopération et les contraintes nées du droit des societes", *Dr.pr.comm.int.*, 10, 1984, págs. 477-520.

J.J. DAIGRE y M. SENTILLES-DUPONT: *Pactes d'actionnaires,* París, GLN JOLY, 1995.

G. DAINO: "Tecniche di soluzione del dead-lock: la disciplina contrattuale del disacordo tra soci nelle joint ventures paritarie", *Dir.comm.int*, 2, 1988, págs. 151-179.

N. DAVID: "Les entreprises conjointes. Quelques problèmes pratiques", *Journ.dr.int.*, 115, 1988, págs. 37-64.

id: "Les clauses de stabilité dans les contrats pètrolieres", *Journ.dr.int.*, 113, 1986, págs. 79 y ss

G. DE FERRA: "Joint venture: Zauberformel oder eine neue juristische Wirklichkeit für die Entfaltung der Pentagonale?", *ZfRV,* 1991-5, págs. 333-340.

G.R. DELAUME: "What is an international contract? An American and a Gallic Dilemma", *ICLQ,* 28, 1979, págs. 258-279.

id: "Le centre international pour le Reglement des différends relatifs aux Investissements (CIRDI)", *Journ.dr.int.*, 1982, págs. 775-843.

Y. DERAINS: "L'application cumulative par l'arbitre des systèmes de conflit de lois

interessés au litige, (a la lumière de l'expérience de la Cour d'Arbitrage de la Chambre de Commerce International)", *Rev. arb.* 1972, págs. 99-121.

id: "L'attente légitime des parties et le droit applicable au fond du litige en matière d'arbitrage commercial international", *Trav.Com.fr.dr.int.pr, 1984-1985*, París, Editions du CNRS, 1987, págs. 81-92.

M. DESANTES REAL: *Las obligaciones contractuales en moneda extranjera. Problemas relativos al ámbito de la ley aplicable,* Madrid, La Ley, 1994.

F. DEXMIER: "L'emergence des joint ventures en Europe (explications et implications d'un phénomène), Tesis inédita, Instituto Universitario Europeo, Florencia, 1988.

R. DÍAZ ZARATE: "Los acuerdos de joint venture como forma de internacionalizar la actividad empresarial", *Actualidad financiera,* 1987, págs. 1889-1897.

J. DÍEZ DEL CORRAL RIVAS: "Comentario al artículo 28 Cc", *Com.Cc.Min.Justicia,* tomo I, Madrid, Civitas, 1991, págs. 220-223

L. DÍEZ PICAZO: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. I, (*Introducción. Teoría del contrato*), 4ª edic., Madrid, Civitas, 1993.

J.A. DOBKIN, J.A. BURT, M.J. SPOONER y K.J. KRUPSKY: *International joint ventures,* Washington, Federal Publications Inc, 1986.

H. DÖRNER: "Qualifikation im IPR - ein Buch mit sieben Siegeln?, *StAZ,* 1988, págs. 345-352.

U. DRAETTA: *Il diritto dei contratti internazionali. La cooperazione tra imprese,* Padua, Cedam, 1985.

U. DROBNIG: "Internationale Schiedsgerichtsbarkeit und wirtschaftsliche Eingriffsnormen", *Festschrift für G. Kegel*, Stuttgart/Berlín/Colonia/Mainz, Kohlhammer, 1987, págs. 95-118.

M. DUBISSON: "Les caractères juridiques du contrat de coopération en matière industrielle et commerciale", *Dr.pr.comm.int*, 10, 1984, págs. 297-318.

id: Les groupements d'entreprises pour les marchés internationaux, París, Librairies Techniques, 1985.

id: Les accords de coopération dans le commerce international, París, Lamy, 1989.

P. DURAND-BARTHEZ: "La durée des accords de coopération et les clauses gouvernant leur adaptation". *Dr.pr.comm.int.*, 10, 1984, págs. 357-375.

F.H. EASTERBROOK y D.R. FISCHEL: *The economic Structure of Corporate Law*, Cambridge/Londres, 1991.

C.Th. EBENROTH: "Nach Art. 10", *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Einführungsgesetz, Internationales Privatrecht*, Band 7, 2. Auf., Munich, 1990, págs. 344-437.

id: "Das Verhältnis zwischen joint venture-Vertrag, Gesellschaftssatzung und Investitionsvertrag", *JZ*, 1987-I, págs. 265-271.

id: "Neuere Entwicklungen im deutschen internationalen Gesellschaftsrecht", *JZ*, 1988, págs. 18-31 y 75-88.

id: "Die Sitztheotie als Theorie effektiver Verknüpfungen der Gesellschaft", *JZ*, 1988, págs. 677-683.

W. ECKSTEIN: "Typen von Gemeinschaftsunternehmen und Motive ihrer

Gründung", Beilage zu *Der Betriebs Berater,* 1972, págs. 7-10.

K. EHINGER: "Vertragsrahmen des industriellen internationalen Equity Joint Venture", *Der Komplexe Langzeitvertrag. Strukturen und internationale Schiedsgerichtsbarkeit, Heidelbereg Kolloquium Technologie und Recht, 1986,* Heidelberg, C.F. Müller. Juristicher Verlag, 1987, págs. 187-198.

A.A. EHRENZWEIG: "Recensión a G. Grassmann: System des internationalen Gesellschaftsrechts", *RabelsZ,* 35, 1971, págs. 347-349.

J.M. EMBID IRUJO: "Los grupos de sociedades en la Comunidad Económica Europea (séptima y novena Directivas), *Tratado de Derecho comunitario europeo. Estudio sistemático desde el Derecho español, dirigido por E. García de Enterría, J.D. González Campos y S. Muñoz Machado,* III, Madrid, 1986, págs. 73-110.

id: La tutela de la minoría en situaciones de dependencia societaria y grupo, Madrid, 1987.

id: "Algunos problemas relativos a la regulación de los grupos de sociedades en la Comunidad Económica Europea y su incidencia en Derecho español", *Homenaje a J.B. Vallet Goytisolo,* vol. IV, Madrid, 1988, págs. 299-312.

id: "Los grupos de sociedades en el Derecho comunitario y español", *Rev.der.in.,* 1990, II, págs. 31-54.

C. ESCRIBANO GÁMIR: "Ley alemana sobre pequeñas sociedades por acciones y desregulación del derecho de sociedades por acciones", *RdS,* núm. 4, 1994, págs. 451-458.

C. ESPLUGUES MOTA: "El Derecho aplicable a los contratos internacionales", *Derecho del comercio internacional,* Dirigido por J.C. Fernández Rozas (editor), C. Esplugues Mota, S.A. Sánchez Lorenzo (coordinador), S. Álvarez González y P.

Rodríguez Mateos, Madrid, Eurolex, 1996, págs. 273-281.

C. ESPLUGUES MOTA (Coordinador), S. BARONA y J. HERNÁNDEZ MARTÍ: *Contratación internacional*, Valencia, Tirant lo blanch, 1994.

F. ESTEBAN DE LA ROSA: "Nacionalidad de las sociedades mercantiles", *Derecho del comercio internacional*, Dirigido por J.C. Fernández Rozas (editor), C. Esplugues Mota, S.A. Sánchez Lorenzo (coordinador), S. Álvarez González y P. Rodríguez Mateos, Madrid, Eurolex, 1996, págs. 222-232.

id: "Formas societarias de Derecho comunitario", *Derecho del comercio internacional*, Dirigido por J.C. Fernández Rozas (editor), C. Esplugues Mota, S.A. Sánchez Lorenzo (coordinador), S. Álvarez González y P. Rodríguez Mateos, Madrid, Eurolex, 1996, págs. 245-253.

id: "Aplicación del Derecho *antitrust* y técnicas de Derecho internacional privado", *RDP*, 1996, págs. 815-848.

G. ESTEBAN VELASCO: "La nueva sociedad por acciones simplificada del Derecho francés: un instrumento de cooperacion interempreseaarial y una manifestación de la tendencia a la desregulación y contractualización del Derecho de sociedades de capital", *RdS*, núm, 4, 1994, págs. 433-443.

G. FAUCEGLIA: Recenti modifiche della legislazione ungherese sugli investimenti stranieri", *Dir.comm.int.*, 5, 1991, págs. 597-598.

L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA: *La atipicidad en Derecho de sociedades*, Zaragoza, Pórtico, 1977.

id: "Voz Pacto Parasocial (Derecho mercantil)", *EJB*, Volumen III, Madrid, Civitas, 1995, págs. 4712-4716.

L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, A. GARRIOS JUAN, M.M. SÁNCHEZ ÁLVAREZ: "Sindicato de voto y de bloqueo", *RdS*, 1995, núm. 5, págs. 179-202.

L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA y M.M. SÁNCHEZ ÁLVAREZ: "Requisitos de forma y publicidad: las sociedades irregulares en Derecho español (STS 8 de julio de 1993; RJ 1993, 6326)", *RdS*, 1994, núm. 3, págs. 267-280.

L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA y A.L. CALVO CARAVACA: *Derecho mercantil internacional*, 2ª edic, Madrid, Tecnos, 1995.

J.C. FERNÁNDEZ ROZAS: "Consideraciones en torno a la relevancia del Derecho uniforme en la regulación del tráfico externo", *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, tomo IV, Madrid, Civitas, 1996, págs. 5209-5237.

J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO: *Curso de Derecho internacional privado*, 3ª edic., Madrid, Civitas, 1996.

id: Curso de Derecho internacional privado, 2ª edic., Madrid, 1993.

J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO: "El Derecho del comercio internacional", *Derecho del comercio internacional*, Dirigido por J.C. Fernández Rozas (editor), C. Esplugues Mota, S.A. Sánchez Lorenzo (coordinador), S. Álvarez González y P. Rodríguez Mateos, Madrid, Eurolex, 1996, págs. 35-78.

J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y otros: *Derecho del comercio internacional*, Dirigido por J.C. Fernández Rozas (editor), C. Esplugues Mota, S.A. Sánchez Lorenzo (coordinador), S. Álvarez González y P. Rodríguez Mateos, Madrid, Eurolex, 1996.

L. FERNÁNDEZ DEL POZO: "La sociedad de capital de base personalista en el marco de la reforma del Derecho de sociedades de responsabilidad limitada", *RGD*, año L, núm. 596, págs. 5431-5476.

id: "La transparencia de los sindicatos de voto entre accionistas. Su publicidad", *RDBB*, 45, 1992, págs. 83-125.

C. FERNÁNDEZ-LERGA GARRALDA: *Derecho de la Competencia. Comunidad Europea y España*, Pamplona, Aranzadi, 1994.

K.H. FEZER: "Aspekte einer Rechtskritik an der economic analysis of law und am property rights approach", *JZ*, 41, 1986, págs. 817-824.

id: "Nochmals: Kritiks and der ökonomischen Analyse des Rechts", *JZ*, 43, 1988, págs. 223-228.

F.L. FINE: *Mergers and Joint Ventures in Europe. The Law and Policy of the EEC*, 2º ed., Londres/Dordrecht/Boston, Graham & Trotman/Martinus Nijhoff, 1994,

M. FONTAINE: "La pratique du préambule dans ies contrats internationaux", *RDAI*, 1986, núm. 4, págs. 343-369.

P. FORSTMOSER: "Aktionnärbindungsverträge", *Innominatverträge Festgabe zum 60. Geburstag vom Walter R. Schluep*, Zürich, 1989, págs. 359-381.

W.G. FRIEDMAN y J.P. BEGUIN: *Joint International Business Ventures in Developping Countries*, Nueva York/Londres, Columbia University Press, 1971.

W.G. FRIEDMAN y G. KALMANOFF: *Joint International Business Ventures*, Nueva York/Londres, Columbia University Press, 1961.

M. FRIGESSI DI RATTALMA: "Le prime esperienze giurisprudenziali sulla convenzione di Roma", *La convenzione di Roma sul Diritto applicabile ai contratti internazionali, a cura di G. Sacerdoti y M. Frigo*, 2ª edic, Milán, 1994, págs. 35-75.

A. FRIGNANI: *Il contratto internazionale, Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Padua, Cedam, 1990.

M. FRIGO: "La determinazione della legge applicabile in mancanza di Scelta dei contraenti e le norme imperative nella convenzione di Roma", *La convenzione di Roma sul Diritto applicabile ai contratti internazionali*, 2ª edic, Milán, Giuffrè, 1994, págs. 17-33.

A. FRÖHLICH: *Ost-West Joint venture. Ziele und betriebswirtschaftliche probleme*, Baden-Baden, Nomos, 1991.

E. GAILLARD: "Nota al laudo CIRDI de 21 de octubre de 1983", *Journ.dr.int.* 1987, págs. 137-145.

id: "Trente ans de Lex Mercatoria. Pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit", *Journ.dr.int.*, 122, 1995, págs. 5-30.

F. GALGANO: *Diritto Civile e Commerciale, vol II, Le obligazioni e i contratti, tomo I, obligazioni in generale, contratti in generale*, Padua, Cedam, 1990.

J.M. GARCÍA CALLEJO: *Las agrupaciones de interés económico (española y europea)*, Madrid, Ediciones analíticas europeas, 1991.

F.J. GARCÍA MÁS: "La sociedad civil: su problemática en el tráfico jurídico", *Rev.crit.der.in.*, LXXII, núm. 633, 1996, págs. 505-526.

R. GARCÍA VICENTE: "La cooperación entre empresas en la Comunidad Europea: Aspectos jurídicos", *Economía industrial*, 1989, págs. 131-161.

R. GARCÍA VILLAVERDE: "Exclusión de socios por infringir el deber de no concurrencia con la sociedad. Nota a la Sentencia del TS de 1 de octubre de 1986", *Rev. La Ley*, 1987, 1, págs. 134-146.

P. GARCÍA DOÑORO: "Acuerdos internacionales de pesca CEE - Países Terceros", *Revista de Estudios Agrosociales*, 1989, págs. 195-209.

J. GARCÍA PALACIOS: "La utilización del joint venture con fines tecnológicos", *Dirección y progreso*. 1990, (111), págs. 70-72.

F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ: "El régimen normativo de las transacciones privadas internacionales: una aproximación económica", *REDI*, XLVII, 1995, págs. 11-39.

id: "Recensión a D. GUNST: *Die charakteristische Leistung, zur funktionelle Anknüpfung im internationalen Vertragsrecht Deutschlands, der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft*, Konstanz, Hartung-Gorre, 1994", *REDI*, XLVI, 1994, págs. 969-971.

id: Sobre la norma de conflicto y su aplicación judicial. Cinco cuestiones clásicas, Madrid, Tecnos, 1994,

id: Contratación internacional y medidas de coerción económica, Madrid, Beramar, 1994.

J. GARRIGUES: "Teoría general de las sociedades mercantiles", *RDM*, 1976, págs. 519-550.

H. GAUDEMET-TALLON: "Le nouveau droit international privé européen des contrats (Commentaire de la convention CEE nº 880/934 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, ouverte à la signature à Rome le 19 juin 1980)", *Rev.trim.dr.eur.*, 17, 1981, págs. 215-285.

id: "Nota a la Sentencia del TJCE de 22 de marzo de 1983", *Rev.crit.dr.int.priv.*, 1983, págs. 666-670.

A. GIARDINA: "La lex mercatoria et la sécurité du commerce et des investisseiments internationaux", *Nouveaux itinéraires en droit, hommage à F. Rigaux*, Bruselas, Bruylant, 1993, págs. 223-234.

id: "La lex mercatoria e la certezza del diritto nei commerci e negli investimenti internazionali", *Riv.dir.int.pr.proc.*, XXVIII, 1992, págs. 461-470.

id: "Volontà delle parti, prestazione caratteristica e collegamento più significativo", *Verso una disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti, a cura di T. Treves*, Padova, Cedam, 1983, págs. 3-24.

id: "Le convenzioni internazionali di diritto uniforme nell'ordinamento interno", *Riv.dir.int.*, 1973, págs. 701-726.

F. GIMÉNEZ ARTIGUES: *La nacionalidad de las sociedades mercantiles*, Barcelona, Bosch, 1949.

M. GIULIANO y P. LAGARDE: "Informe relativo al Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales", *DOCE*, C 327, 11.12.92, págs. 1-47.

J. GIRÓN TENA: *Derecho de sociedades, Tomo I, Parte General, Sociedades Colectivas y Comanditarias*, Madrid, 1976.

id: Sociedades Mercantiles, I, Parte General, 2ª edición, Valladolid, 1962.

id.: "Sociedades civiles y sociedades mercantiles: distinción y relaciones en Derecho comparado", *RDM*, 1947, vol. IV, núm. 10, págs. 7-69.

B. GOLDMAN: Règles de conflit, règles d'application immédiate et règles matérielles dans l'arbitrage commercial", *Trav.Com.fr.dr.int.pr*, (1966-1969), págs. 119-148.

id: "La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux: réalité et perspectives", *Journ.dr.int.*, 106, 1979, págs. 475-505

id: "Batalla judicial acerca de la *lex mercatoria*", *Rev. La Ley*, Año V, núm. 1095, 21 de diciembre de 1984, págs. 1-10.

id: "Nouvelles réflexions sur la lex mercatoria", *Études de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, Basilea, Francfurt a.M., 1993, págs. 241-255.

B. GOLDMANN, A. LYON-CAEN, L. VOGEL: *Droit commercial européen*, París, Dalloz, 1994.

J. GÓMEZ CALERO: *Las agrupaciones de interés económico*, Barcelona, Bosch, 1993.

M. GÓMEZ MENDOZA: "Los acuerdos interempresariales sobre investigación y desarrollo y el Derecho de la competencia en la CE", *RDM*, 1993, págs. 839-861.

J.D. GONZÁLEZ CAMPOS: "Nota a las Sentencias del TS de 28 de junio de 1973 y 1 de octubre de 1973", *REDI*, XXIX, 1976, págs. 206-214.

id: "El paradigma de la norma de conflicto multilateral", *Estudios jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, Tomo IV, Madrid, Civitas, 1996, págs. 5239-5270.

D. GONZÁLEZ EIRÁS: "El marco jurídico de las empresas pesqueras mixtas", *ICE*, 1980, págs. 173-176.

G. GRASSMANN: *System des internationalen Gesellschaftsrechts. Außen- und Innenstatut der Gesellschaften im internationalen Privatrecht*, Herne/Berlín, Verlag Neue Wirtschafts-Briefe, 1970.

C. GROMOTKE: "Der Rechtsrahmen für ausländische Investitionen in der CSFR nach Verabschiedung des neuen Handelsgesetzbuches", *ROW*, 36, 1992, págs. 193-201

P. GRONEN: "Joint ventures und sonstige Kooperationsverträge in Italien", *Deutche unternehmen in Italien. Leitfaden f.d. Rechts- und wirtschaftspraxis*, 1993, págs. 39-66.

B. GROßFELD: *Internationales unternehmenrechts. Das Organisationrechts trasnationaler unternehmen*, Heidelberg, 1986.

id: J. von STAUDINGERS Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche, IPR, Internationales Gesellschaftsrecht, 13. Auf., 1993.

id: "Zur Geschichte der Anerkennungsproblematik bei Aktiengesellschaften", *RabelsZ*, 1974, págs. 244-271.

A. GUACCERO: "L'impresa comune nella disciplina antitrust nazionale", *Riv.dir.comm.dir.gen.ob.*, 1993, págs. 747-784.

I. GUARDANS CAMBÓ: *Contrato internacional y Derecho imperativo extranjero*, Pamplona, Aranzadi, 1992.

C. GUELFUCCI-THIBIERGE: *Nullité, restitutions et resposabilité*, París, LGDJ, 1992.

H. GUMMERT: "§ 9 Das Gesellschaftsveremögen", *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 1, BGB-Gesellschaft, Offene Handelsgesellschaft, Partnerschaftsgesellschaft, Partenreederei, EWIV*, Hrsg. B. Riegger y L. Weipert, Múnich, C.H. Beck, 1995, págs. 149-171.

D. GUNST: *Die charakteristische Leistung, zur funktionelle Anknüpfung im internationalen Vertragsrecht Deutschlands, der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft*, Konstanz, Hartung-Gorre, 1994.

G. GUIZZI: "Il concetto di impresa tra diritto comunitario, legge antitrust e codice civile", *Riv.dir.comm.dir.gen.ob.*, 1993, págs. 277-313.

R. HALL: *The international joint venture*, Praeger, New York, 1984.

A. HEINI: "Vertrauensprinzip und Individualanknüpfung im internationalen Vertagsrecht", *Festschrift für F. Vischer*, Zurich, 1983, págs. 149-159.

J.H. HENNESEY: "Basic forms and terms of US *joint ventures*", *Joint ventures in the United States*, Londres, Butterworths, 1988.

E. HERZFELD: *Joint venture*, 2ª edic, Bristol, Jordans, 1989.

id: "Co-operation agreement in corporate joint venture"
Journal of business law, 1983, págs. 121-128.

id: "Typical Areas of Conflicts of Interest in Joint ventures", *Der Komplexe Langzeitvertrag. Strukturen und internationale Schiedsgerichtsbarkeit, Heidelbereg Kolloquium Technologie und Recht*, 1986, Heidelberg, C.F. Müller. Juristicher Verlag, 1987, págs. 199-224.

B. VON HOFFMANN: "General Report on Contractual Obligations", en O. LANDO, B. VON HOFFMANN, K. SIEHR: *European Private International Law of Obligations*, págs. 1-41.

N. HORN: "Das chinesische Außenwirtschaftsvertragsgesetz", *RIW*, 1985, Heft 9, págs. 688-693

H. VAN HOUTTE: "La loi applicable à l'arbitrage commercial international", *Rev.dr.int.dr.comp.*, LVII, 1980, págs. 285-300.

L. HUBER: *Das Joint-Venture im internationalen Privatrecht*, Basilea/Frankfurt a.M., Helbing und Lichtenhahn, 1992.

id: "Vertragsgestaltung: Grundstruktur, Gründung, Willensbildung und Auflösung", *Kooperations- und Joint-Venture-Verträge*, (Hrsg. Ch.J. MEIER-SCHATZ), Berna/Stuttgart/Viena, Haupt, 1994, págs. 9-60.

H. HUBERT y otros: "Table ronde: le joint venture et la pratique", *Cah.dr.ent.*, nº 5, 1979, págs. 36-44.

A. HUET: "Nota a la Sentencia del TJCE de 22 de marzo de 1983", *Journ.dr.int.*, 1983, págs. 834-843.

S. HUG: "Chinesisches Außenwirtschaftsvertragsgesetz", *IPRax*, 1985, Heft 4, págs. 242-243.

L. IDOT: "Les conflits de lois en droit de la concurrence", *Journ.dr.int.*, 122, 1995, págs. 321-341.

J.L. IGLESIAS BUHIGUES: "Reconocimiento de las sociedades y personas jurídicas en la CEE y en Derecho español", *Anuario de Estudios Sociales y Jurídicos*, Escuela Social de Granada, vol. VI, 1977, págs. 129-179.

International Law Association: Transnational Rules in International Commercial Arbitration, Publication CCI, núm. 480/4, 1993.

A. JACQUEMIN y B. REMICHE: *Coopération entre entreprises: Entreprises conjointes stratégies industrielles et pouvoirs publics*, Bruselas, De Boeck Université, 1988.

W.H.E. JAEGER: "Joint ventures: Origins, Nature and Development" *Am.un.law.rev.*, 9, 1960, págs. 1-23.

id: "Joint ventures: Membership, Types and Termination", *Am.un.law.rev.*, 9, 1960, págs. 111-129.

id: "Joint ventures: Recent Developments", *Washburn Law Journal*, 4, 1964, págs. 9-44.

P. JAEGER: "*partnership* or *joint venture*?", *Notre Dame Lawyer*, 37, 1961, págs. 158-171.

A.J.E. JAFFEY: "The English proper law doctrine and the EEC convention", *ICLQ*, vol. 33, 1984, págs. 531-557.

id: "Choice of Law in Relation to Ius Dispositivum with Particular Reference to the EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations", *Contract Conflicts, P.M. North (ed)*, Amsterdan, 1982, págs. 33-45.

H.S. JAMES y Jr. MURRAY WEIDENBAUM: *When businesses cross international borders: strategic alliances and their alternatives*, Published with the Center Strategic and International Studies, Washigton D.C.; Westport, CT, London, Praeger, 1993.

E. JAYME: "Moderne Vertragsformen und Klassisches internationales Privatrecht", *Heidelberg Jahrbücher*, 1985, págs. 15-27.

id: "Richterliche Rechtsfortbildung im Internationalen Privatrecht", *Festschrift der Juristischen Fakultät zur 600 -Jahr- Feier dere Ruprecht -Karls- Universität Heidelberg*, Heidelberg, C.F. Müller, 1986, págs. 567-597.

id: "Kollisionsrechtliche Techniken Langzeitverträge mit Auslandsberührung", *Der Komplexe Langzeitvertrag. Strukturen und internationale Schiedsgerichtsbarkeit,*

Heidelbereg Kolloquium Technologiee und Recht, 1986, Heidelberg, C.F. Müller. Juristicher Verlag, 1987, págs. 311-318.

id: "Betrachtungen zur dépeçage im internationalen Privatrecht", *Fest. Kegel*, zum 75. Geburstag, 1987, págs. 253-268.

id: "Komplexe Langzeitverträge und Internationales Privatrecht -Ein Tagunsbericht-", *IPRax*, 7, 1987, págs. 63-64.

id: "L'autonomie de la volonté des parties dans les contrats internationaux entre personess privées" *Annuaire IDI*, sesión de Basilea, vol. 64, 1991, págs. 13-23.

id: "BOT-Projekte: Probleme der Rechtswahl", *Rechtsfragen privatfinanzierter Projekte. Nationale und internationale BOT-Projekte, Nationale und internationale BOT-Projekte Techniksrechtsform, Heidelberg, 1993*, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1994, págs. 65-74.

H.U. JESSURUN D'OLIVEIRA: "Characteristic Obligation in the Draft EEC Obligation Convention", *AJCL*, 1977, págs. 303-331.

T. JINGZHOU: "New chinese law on cooperative joint ventures" *International business lawyer*, 1989, vol 17.

F.K. JUENGER: "Parteiautonomie und objektive Anknüpfung im EG-Übereinkommen. Eine Kritik aus amerikanischer Sicht", *RabelsZ*, 46, 1982, págs. 57-83.

J. JUSTE MENCÍA: *Los Derecho de minoría en la sociedad anónima*, Madrid, Aranzadi. 1995.

Ph. KAHN: "Les principes généraux du droit devant les arbitres du commerce international", *Journ.dr.int.*, 115, 1989, págs. 305-327.

A. KASSIS: *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, París, LGDJ, 1993.

P. KAYE: *The New Private International Law of Contract of the European Community*, Aldershot, Brookfield USA, Hong Kong, Singapore, Sydney, 1993.

id: Civil Jurisdiction and Enforcement of Foreign Judgments. The Application in England and Wales of the Brussels Convention of 1968 on Jurisdiction and the Enforcement of Judgemrents in Civil and Commercial Maters under the Civil Jurisdiction and Judgements Act 1982, Oxford, 1987.

M. KELLER y K. SIEHR: *Allgemeine Lehren des internationalen Privatrechts*, Zurich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1986.

A. KELLER y R. KNIGGE: *Joint Ventures in den GUS-Staaten: Vorbereitung-Gründung- Chancen und Perspektiven*, Wiesbaden, Gabler, 1995.

G. KEGEL: *Internationales Privatrecht*, 7. Auflage, München, C.H. Beck, 1995.

H.H. KLEIM: "Gemeinschaftsunternehmen und Funktionsgemeinschaften im Verhältnis zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen", *FIW-Schriftenreihe*, Heft 29, Colonia, Berlin, Munich, 1966.

F.E. KLEIN: "Die gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen des IPRG", *Das Neue Bundesgesetz über das internationale Privatrecht in der praktischen Anwendunn, Seminar vom 28. Oktober 1988 an der Universität Basel*, Zurich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1990, págs. 83-101.

P.M. KLEINSCHMIDT: "Kooperationsvertrag", C. REITHMANN, D. MARTINY, *Internationales Vertragsrecht. Das internationale Privatrecht der Schuldverträge*, Colonia, 1988, págs. 788-807.

F. KNOEPFLER y O. MERKT: "Les accords de joint venture et les limites du droit international privé", *Conflits et harmonisation; Mélanges en l'honneur d'Alfred von Overbeck à l'occasion de son 65ème aniversaire*, Friburgo, 1990, págs. 747-768.

V. KORAH: "Las *joint ventures* para investigación y desarrollo. Competencia y nulidad de contratos (II),", traducción J.F. Crespo Carrillo, *DN*, núm. 26, 1992, págs. 1-12.

id: "Collaborative Joint Ventures for Research and Development where Markets are concentrated: the Competition Rules of Common Market and the Invalidity of Contracts", *YEL*, 1993, págs. 39-81

J. KOLLER: *Die Risikozurechnung bei Vertragsstörungen in Austauschverträgen*, 1979.

H.G. KOPPENSTEINER: *Internationale Unternehmen im deutschen Gesellschaftsrecht*, Frankfurt a.M, 1971.

K. KREUZER: "Know-how-Verträge im deutschen Internationalen Privatrecht", *Feschrift für E. von Caemmerer,*, Tubinga, J.C.B. Mohr, 1978, págs. 705-735.

id: Ausländisches Wirtschaftsrecht vor deutschen Gerichten. Zum Einfluß fremdstaatlicher Eingriffsnormen auf private Rechtsgeschäfte, Heidelberg, C.F. Müller, 1986.

A. KRONMAN: "Contract Law and Distributive Justice", *Yale Law Journal*, vol. 89, 1980, págs. 472-511.

J. KROPHOLLER: *Internationales Einheitsrecht, Allgemeine Lehren*, Tubinga, J.C.B. Mohr, 1975.

id: Internationales Privatrecht, 2. Auf., J.C.B. Mohr, Tubinga, 1994.

K.J. KUSS: "Das joint-venture-Recht der Osteuropäischen Staaten" *RabelsZ*, 1987, págs. 540-548.

J.L. LACRUZ BERDEJO y otros: *Derecho de obligaciones*, vol. 3º, Contratos y Cuasicontratos, 2ª edic., Barcelona, Bosch, 1986.

P. LAGARDE: "Le *dépeçage* dans le droit international privé des contrats", *Riv.dir.int.pr.proc*, XI, 1975, págs. 649-677.

id: "Les principes du droit international privé hier, aujourd'hui et demain", *Principios, objetivos y métodos del Derecho internacional privado. Balance y perspectivas de una década. Cuartas jornadas de Derecho internacional privado, Madrid, 4 y 5 de junio de 1993*, Madrid, 1994, págs. 15-33.

id: "Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980", *Rev.crit.dr.int.pr.*, 1991, págs. 287-340.

P. LALIVE: "Les régles de conflit de lois appliques au fond du litige par l'arbitre international siégeant en Suisse", *L'arbitrage international privé et la Suisse*, Ginebra, Georg, 1977.

id: "Ordre public transnational (o réellement international) et arbitrage international", *Rev. arb.*, 1986, págs. 351-357.

id: "Sur la bonne foi dans l'exécution des contrats d'état", *Mélanges offerts à Raymond Vander Elst*, Tomo I, Bruselas, Nemesis, 1986, págs. 425-451.

O. LANDO: *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. III, *Private International Law*, Chapter 24, "Contracts", 1976.

id: "Conflict-of-Law Rules for Arbitrators", *Festschrift für Konrad Zweigert zum 70. Geburstag*, Hrsg. H. Bernstein, U. Drobnig, H. Kötz, J.C.B. Mohr, Tubinga, 1981,

págs. 157-178.

id: "The lex mercatoria in international commercial arbitration", *ICLQ*, 34, 1985, págs. 747-768.

id: "The EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations", *CMLR*, 24, 1987, págs. 159-214.

id: "The law applicable to the Merits of the Dispute", *Essays on International Commercial Arbitration, Edited by Petar Sarcevic*, Londres/Dordrecht/Boston, Graham & Trotman/Martinus Nijhoff, 1989, págs. 129-159.

id: "Die Regeln des Europäischen Vertragsrechts", *Gemeinsames Privatrecht in der Europäische Gemeinschaft*, 1993, págs. 473-483.

K. LANGEFELD-WIRTH: *Joint Ventures im internationalen Wirtschaftsverkehr, Praktiken und Vertragstechniken internationaler Gemeinschaftsunternehmen*, Heidelberg, Verlag Recht und Wirtschaft, 1990.

id: Les joint ventures internationales, Pratiques et techniques contractuelles des coentreprises internationales, Traduction et adaptation A.GARCIA, París, GLN Joly éditions, 1992.

M.A. LARA AGUADO: "Nota a la Sentencia del TS (Sala 1ª) de 1 de marzo de 1993", *REDI*, vol. XLVI, 1994, págs. 368-371.

K. LARENZ: *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, traducción y estudio preliminar de Fernández Rodríguez Novoa, Madrid, 1956.

id: Metodología de la Ciencia del Derecho, Barcelona, Ariel, 1994 (Título original: *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, vierte, ergänzte Auflage, 1979. Traducción y revisión de M. RODRÍGUEZ MOLINERO).

Ch. LEBEN: "Les modes de coopération entre pays en devéloppement et entreprises multinationales dans le sectour de la production des matières premières minérales", *Journ.dr.int.*, 107, 1980, págs. 539-604.

S. LEMAIRE y D. HURSTEL: "Aspects juridiques des coentreprises dans les pays de l'Est", *Journ.dr.int.*, 1991, págs. 57-87.

K. LIPSTEIN: "Characteristic Performance -A new concept in the Conflicts of Laws in Matters of Contract for the EEC", *Nortwestern Journal of International Law and Business*, 1981, págs. 402-414.

I. LOJENDIO OSBORNE: "Las sociedades mercantiles", *Derecho mercantil, I, Coordinación Guillermo J. Jiménez Sánchez*, 3ª edic., Barcelona, Ariel, 1995, págs. 153-168.

A. LÓPEZ FRIAS: *Los contratos conexos (Estudio de supuestos concretos y ensayo de una construcción doctrinal)*, Barcelona, Bosch, 1994.

E. LORENZ: "Die Rechtswahlfreiheit im internationalen Schuldvertragsrecht", *RIW*, 33, 1987, págs. 569-584.

W. LORENZ: "Verträge über im Ausland zu erbringende Bauleistungen: Vertragsstatut bei fehlender Rechtswahl", *IPRax*, 1995, Heft. 5, págs. 329-332.

Y. LOUSSOUARN: "Filial común y Derecho internacional", (traducción V. Pulido Méndez), *Libro homenaje a la memoria de Joaquín Sánchez Covisa*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1975, págs. 175-215.

H. LÜBBERT: *Abstimmungsvereinbarungen in en Aktien- und GmbH-Rechten der EWG-Länder, der Schweiz und Großbritanniens*, Baden-Baden, 1971.

A. LÜDERITZ: "Anknüpfung im Parteiinteresse", *Fest. G. Kegel*, 1977, págs. 31-

54.

A. LUPONE: "Prime applicazioni della convenzione di Roma: la giurisprudenza tedesca", *La convenzione di Roma sul Diritto applicabile ai contratti internazionali*, a cura di G. Sacerdoti y M. Frigo, 2ª edic, Milán, 1994, págs. 219-227.

F.DE LY: "Les clauses de divorce dans les contrats de groupement d'enterprises internationaux", *RDAI*, núm. 3, 1995, págs. 279-315, así como los diversos informes de Derecho nacional (págs. 316-345) realizados por P. HUBERT (Derecho belga), B. MERCADAL (Derecho francés), W. KRAFT (Derecho alemán), W.J.H. WIGGERS (Derecho holandés), P.R. ELLINGTON (Derecho inglés), J. RICHTER ECHEVARRÍA (Derecho español), L. BELLODI (Derecho comunitario), E.B. KLOPFER (Derecho norteamericano) y J. REVACLIER (Derecho suizo).

C. McLACHLAN: "Splitting the proper law in private international law, *BYIL*, 1990, págs. 311-337.

M. MAGAGNI: *La prestazione caratteristica nella convenzione di Roma del 19 giugno 1980*, Milano, Giuffrè, 1989.

J. MAILLO GONZÁLEZ-ORUS: "La noción de filial común en el Derecho comunitario de la competencia a la luz del reglamento sobre control de las operaciones de concentración", *RIE*, 1992, págs. 565-594.

J.P. MAIRE: "Problemes de qualification juridique et de determination du droit applicable aux accord de cooperation economique et industrielle", *Annales etudes internationales*, 1974, págs. 93-103.

A.L. MALATESTA: "Rapporti tra fonti normative negli accordi di joint venture con particolare riferimento ai paesi europei (già) socialisti", *Riv.dir.int.pr.proc.*, 1991, págs. 925-952.

id: "La legge applicabile ai contratti di cooperazione tra imprese", *La convenzione di Roma sul Diritto applicabile ai contratti internazionali*, a cura di G. Sacerdoti y M. Frigo, 2ª edic, Milán, 1994, págs. 169-180.

id: "Considerazioni sull'ambito di applicazione della convenzione di Roma: il caso dei titoli di credito", *La convenzione di Roma sul Diritto applicabile ai contratti internazionali*, a cura di G. Sacerdoti y M. Frigo, 2ª edic, Milán, 1994, págs. 179-200.

D. MARTIN y L FAUGEROLAS: "Les pactes d'actionnaires", *JCP, La Semaine Juridique*, 1989, II, núm. 3412.

M. MARTINEK: *Moderne Vertragstypen*, Band III, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1993.

id: Das internationale kartellprivatrecht. Ein Beitrag zur kollisionsrechtliche Sonderanknüpfung im internationalen Wirtschaftsrecht, Heidelberg, Recht und Wirtschaft, 1987.

F. MARTINET: *Les Contrats de coopération industrielle*, París, C.C.I., 1988.

A. MARTÍNEZ SÁNCHEZ: "Las alianzas estratégicas de I+D", *Alta Dirección*, 1990, 26 (152), págs. 63-70.

D. MARTINY: "Freie Rechtswahl, Art. 27", *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Einführungsgesetz, Internationales Privatrecht*, Band 7, 2. Auf., Munich, 1990, págs. 1514-1537.

id: "Mangels Rechtswahl anzuwendes Recht. Art. 28", *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 7, (Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Internationales Privatrecht), 2. Auf. Munich, 1990, págs. 1537-1614.

J. MASSAGUER FUENTES y otros: *La agrupación europea de interés económico (AEIE). Informe preparado por José Massaguer Fuentes et. al.*, Valencia, 1989.

H. MATTHIES: "Gemeinschaftsunternehmen in der Montanunion", *Festschrift für Franz Böhm, Wirtschaftordnung und Rechtsordnung*, Karlsruhe, 1965.

P. MAYER: "Le principe de bonne foi devant les arbitres du commerce international", *Études de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, Bâle, Francfort a.M. 1993, págs. 543-556.

D. MEDICUS: *Tratado de las relaciones obligacionales*, vol. I, (Edición española A. Martínez Sarrión), Barcelona, Bosch, 1995.

W.H. MEIER: *Die einfache Gesellschaft im internationalen Privatrecht*, Zurich, Juris Druck Verlag, 1980.

Ch.J. MEIER-SCHATZ (Hrsg): *Kooperations- und Joint venture Verträge*, Berna, 1994.

A. MENÉNDEZ MENÉNDEZ: "Sociedad anónima y fin lucrativo", *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, 1994, núm. 24, págs. 161-179.

B. MERCADAL: "Les caractéristiques juridiques des contrats internationaux de coopération industrielle", *Dr.pr.comm.int.* 10, 1984, págs. 319-336.

B. MERCADAL y Ph. JANIN: *Les contrats de coopération inter-entreprises*, París, Francis Lefebvre, 1974.

P. MERCADO PACHECO: *El análisis económico del Dereco. Una reconstrucción teórica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

H.J. MERTENS: "Ausländisches Kartellrecht im Deutschen internationalen

Privatrecht", *RabelsZ*, 31, 1967, págs. 385-411.

F. MESSINEO: "Voz *Contratto collegato", Enc. Dir.*, vol. X, 1962, págs. 48-55.

id: "Voz *contratto derivatto - Subcontratto*", *Enc. Dir.*, vol. X, 1962, págs. 80

E.J. MESTMÄCKER: "Gemeinschaftsunternehmen im deutschen und europäischen Konzern- und Kartellrecht", *Gemeinschaftsunternehmen (Joint Venture - Filiale Comune) im konzern- und Kartellrecht*, Frankfurt a.M., 1979, págs. 9-45.

A. MIAJA DE LA MUELA: *Derecho internacional privado.* I., Introducción y parte general, 9ª edic., Madrid, 1985.

J. MEYNEN, W. FRIEDMANN, K. WEG: "Joint ventures revisited", *Columbia Journal of World Business*, 1966, págs. 19-29.

L. MIGLIORINO: "Le leggi degli stati socialisti sulle "joint ventures": aspetti di diritto internazionale privato e procesuale". *Riv.dir.int.pr.proc.*, 1990, págs. 599-620.

A. MIGNOLLI: "L'interpretazione della convenzione di Roma da parte della Corte di Giustizia delle Comunità Europee", *La convenzione di Roma sul Diritto applicabile ai contratti internazionali*, a cura di G. Sacerdoti y M. Frigo, 2ª edic, Milán, 1994, págs. 229-242.

P.A.DE MIGUEL ASENSIO: "La ley aplicable en defecto de elección a los contratos internacionales: el artículo 4 del convenio de Roma de 1980", *La Ley (Comunidades Europeas)*, Año XVI, nº 95, Madrid, martes, 4 de abril de 1995, págs. 1-6.

id: Contratos internacionales sobre propiedad industrial, Madrid, Civitas, 1995.

G.W. MILLER: "The joint venture; problem child of partnership" *California L.Rev.*, 1950. págs. 860-873.

F. MIRANDA: "Problems of joint international business ventures" *International Lawyer*, vol. 4, 1969-70, págs. 550-556.

A.L. MONGE GIL: *Las agrupaciones de interés económico*, Madrid, Tecnos, 1993, reim. 1995.

R. MOSER: "Personalstatut und Aussenverhältnis der Aktiengesellschaft", *Fest. Bürgi*, Zurich, 1971, págs. 283 y ss.

M. MOYLE: "Using Joint ventures to enter the Japanese Market" *International Financial Law Review*, 1985 nov. 15-20

E. NAEGELI: *Die Doppelgesellschaft als rechtliche Organisationsformen der kartelle, konzerne und andere unternehemerszusammenschlüse*, tomo I, Zurich/Berlin, 1936 y tomo II, Zurich/Berlin, 1941.

P.H. NEUHAUS: *Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts*, 2. Aufl., Tubinga, J.C.B. Mohr, 1976.

F. NICKLISCH: "Vorteile einer Dogmatik für komplexe Langzeitverträge", *Der Komplexe Langzeitvertrag. Strukturen und internationale Schiedsgerichtsbarkeit, Heidelbereg Kolloquium Technologiee und Recht*, 1986, Heidelberg, C.F. Müller. Juristicher Verlag, 1987, págs. 17-28.

id: "Instrumente der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit zur Konfliktregelung bei Langzeitverträge", *RIW*, 1985, págs. 633-642.

id: "Privatautonomie und Schiedsgerischtsbarkeit bei internationalen Bauverträgen", *Grundlagen des Baurechts in den neuen BundesLändern*, 1991, págs. 243-248.

F. NICKLISCH (Hrsg.): *Rechtsfragen privatfinanzierter Projekte. Nationale und internationale BOT-Projekte, Nationale und internationale BOT-Projekte Techniksrechtsform, Heidelberg, 1993,* C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1994.

F. NIGGEMANN: "Die dritte annullierung eines ICSID-Schiedsspruches - Die Entscheidung in Sachen Mine v. Guinea", *IPRax*, 1991, págs. 77-84.

R. DE NOVA: "Wann ist ein Vertrag international?", *Konflik und Ordnung. Fest. M. Ferid zum 70. Geburstag,* Múnich, C.H. Beck, 1978, págs. 307-323.

J. OCHSLER: "Wille und Vertrauen im privaten Austauschvertrag. Die Rezeption der Theorie des Relational Contract im Deutschen Vertragsrecht im rechtvergleichender Kritik", *RabelsZ,* 60, 1996, págs. 91-124.

M. OERTLE: *Das Gemeinschaftsunternehmen (Joint venture) im schweizerischen Rech,* Zurich, Shulthess Polygraphischer Verlag, 1990.

B. OPPETIT: "Les principes généraux en droit international privé", *Le droit international: Archives de philosophie du droit,* tomo 32, París, Sirey, págs. 179-187.

G. OPPO: "Le convenzioni parasociali tra diritto delle obbligazioni e diritto delle società", *Riv.dir.civ.*, 1987, I, págs. 517-530.

id: Contratti parasociali, Milán, 1942.

S. ORTIZ VAAMONDE: "Grupos de sociedades: problemática general y regulación en el Derecho comparado", *AC,* nº 2/8, enero 1996, págs. 25-62.

C. OTT y H.B. SCHÄFER: "Die ökonomische Analyse des Rechts - Irrweg oder Chance wissenschaftlicher Rechtserkenntnis?, *JZ,* 43, 1988, págs. 213-223.

P. OURLIAC y J. DE MALAFOSSE: *Derecho romano y francés histórico*, Tomo I, Derecho de obligaciones, (Traducción al español y anotaciones de M. Fairén), Barcelona, Bosch, 1960.

H.P. OVERRATH: *Die Stimmrechtsbindung*, Colonia/Berlin/Bonn/Múnich, C. Heymanns Verlag KG, 1972.

id: "Stimmverträge im internationalen Privatrecht", *ZUGR*, 1974, págs. 86-103.

J. PARIDANT de CAUWERE: "Considerations sur les accords de joint venture", *Revue de la Banque*, 1976, págs. 370-378.

M. PASQUAU LIAÑO: *Código civil y Ordenamiento jurídico*, Granada, Comares, 1995.

J. PAULSSON: "La *lex mercatoria* dans l'arbitrage C.C.I.", *Rev.arb.*, 1990, págs. 55-100.

C. PAZ ARES: "La economía política como jurisprudencia racional. Aproximación a la teoría económica del derecho", *ADC*, 1981, págs. 601-707.

id: "Sobre la infracapitalización de las sociedades", *ADC*, XXXVI, 1983, págs. 1587-1639.

id: "Comentarios a los artículos 1665 a 1709 C.c.", *Com.Cc.Min.Justicia*, Madrid, Civitas, 1991, págs. 1299-1523.

id: Ánimo de lucro y concepto de sociedad (Breves consideraciones a propósito del artículo 2.2 LAIE), *Derecho mercantil de la Comunidad Económica Europea, Estudios en Homenaje a José Girón Tena*, Madrid, Civitas, 1991, págs. 729-753

id: La responsabilidad del socio colectivo, Madrid, Civitas, 1993.

id: "La infracapitalización. Una aproximación contractual", *RdS*, 1994, Número extraordinario dedicado a la reforma del Derecho de sociedades de Responsabilidad limitada, págs. 253-269.

P. PENNETTA: *La filiale comune internazionale: contributo allo studio della cooperazione internazionale fra imprese*, Milán, Giuffrè, 1988.

id: "La nuova disciplina polaca e ungherese in materia di investimenti stranieri", *Dir.comm.int.*, 3, 1989, págs. 665-698.

id: "Ancora in materia di investimenti stranieri nei paessi (*Già)* socialisti: la nuova normativa in Bulgaria e Cecoslovacchia", *Dir.comm.int.*, 4, 1990, págs. 493-505.

M. PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS: "Comentario al artículo 28 Cc.", *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, Jaén, Edersa, 1978, págs. 775-806.

Ch. PERELMAN: *Logica giuridica, nuova retorica*, Milán, Giuffrè, 1979.

J. PÉREZ-BUSTAMANTE KÖSTER: "Las filiales comunes concentrativas en el Reglamento (CEE) Nº 4064/89 sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas", *GJ* B-69, 1991, págs. 3-7.

A.E. PÉREZ LUÑO: *La seguridad jurídica*, Barcelona, Ariel, 1991.

J.J. PÉREZ MILLA: *Fusión Internacional de Sociedades Anónimas en el Espacio Jurídico Europeo*, Pamplona, Aranzadi, 1996.

E. PÉREZ VERA: "Comentario al artículo 9.11 Cc", *Comentarios a las reformas del Código Civil*, Madrid, 1977, págs. 499-505.

J. PETER KILLING: *Strategies for joint venture success*, London, Routledge, 1988.

W. PETER: *Arbitration and renegotiation of international investment agreements. A Study with particular reference to means of conflict avoidance under natural resources investment agreements*, Dordrecht, Boston, Lancaster, 1986.

id: "International Investment Agreement - Types, arbitration and renegotiation", *Der Komplexe Langzeitvertrag. Strukturen und internationale Schiedsgerichtsbarkeit, Heidelbereg Kolloquium Technologiee und Recht*, 1986, C.F. Müller. Juristicher Verlag, Heidelberg, 1987, págs. 119-150.

P. PICONE: "L'applicazione extraterritoriale delle regole sulla concorrenza e il diritto internazionale", *Il Fenomeno delle concentrazioni di imprese nel diritto interno e internazionale*, Padua, Cedam, 1989, págs. 81-206.

A.B. PILCH: "Rechtliche Rahmenbedingungen für Ost-West-Joint ventures", *Osteuropa Recht*, 1993, págs. 42-57.

A. PIRAS: "Les methodes de collaboration entre entreprises independantes en droit italien", *Rapports nationaux italiens au Xe Congrès international de droit comparé*, Budapest 1978, Milano, Giuffrè, 1978.

R. PLENDER: *The European Contracts Convention (The Rome Convention on the Choice of Law for Contracts)*, Londres, Sweet & Maxwell, 1991.

S. POILLOT-PERUZZETTO: "Entreprises communes", *J-Cl. Eur*, Fasc. 1461, 3, 1994.

M. PONCELA: "Hungría aspira a atraer capitales extranjeros", *ICE*, 1991, págs. 3057-3061.

R.A. POSNER: *Economic Analysis of Law*, Boston, 1979

J.J. PRETEL SERRANO: "Nacionalidad y domicilio de la Sociedad Anónima",

AAMN, XXX, I, 1991, págs.187-190

A. PREVISANI: "Les caractères juridiques principaux des statuts légaux de coopération", *Dr.pr.comm.int.*, 10, 1984, págs. 337-356.

I. QUEIROLO: "Art. 17 della convenzione di Bruxelles e clausola attributiva di competenza contenuta in uno statuto societario", *Riv.dir.int.pr.proc.*, 45, 1993, págs. 69-86.

L. RAAPE: "Les rapports juridiques entre parents et enfants comme point de départ d'une explication pratique d'anciens et de nouveaux problèmes fondamentaux du droit international privé", *Res. des Cours*, tom. 50, 1934-IV, págs. 401-544.

E. RABEL: *Conflict of Laws, a comparative Study*, Chicago, Bd. 2, 1947.

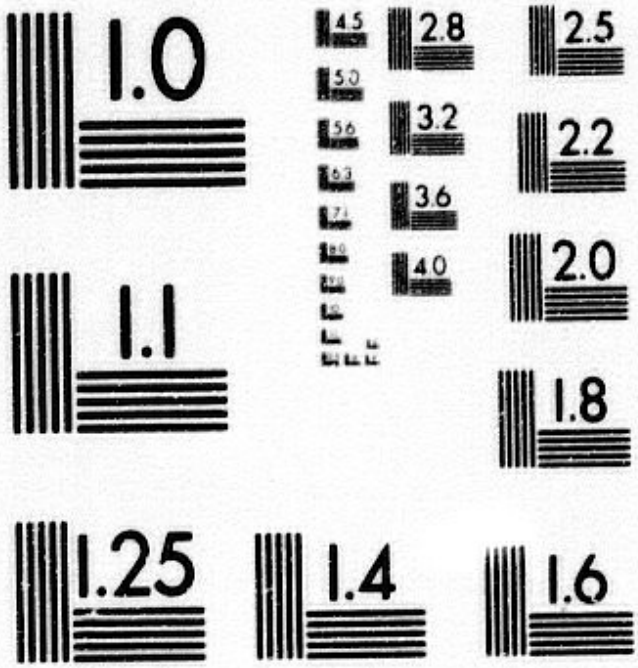
L. RADICATI DI BROZOLO: *Operazioni bancarie internazionale e conflitti di leggi*, Milán, Giuffrè, 1984.

J. RAJZKY: "Legal problems relating to the east-west joint ventures", *Dir.comm.int.*, 2, 1989, págs. 533-552.

S. RAMMELOO: *Das neue EG-Vertragskollisionsrecht. Die Art. 4, 5 und 6 des Übereinkommens über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwende Recht vom 19.6.1980. Eine rechtsvergleichende Analyse objektiver Vertragsanknüpfung*, Colonia/Berlin/Boon/Múnich, Carl Heymanns, 1992.

id: "Die Auslegung von Art. 4.2 und Abs. 5 EVÜ: Eine niederländische Perspektive", *IPRax*, 14, 1994, págs. 243-248

K. RAZUMOV: "Legal Aspects of Direct Foreign Investments in the Republicss of the Commonwealth of Independent States", *Études de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, Basilea/Francfurt a.M., 1993, págs. 335-344.



MICROCOPY RESOLUTION TEST CHART
NATIONAL BUREAU OF STANDARDS
STANDARD REFERENCE MATERIAL 1010a
(ANSI and ISO TEST CHART No. 2)

AAMN, XXX, I, 1991, págs.187-190

A. PREVISANI: "Les caractères juridiques principaux des statuts légaux de coopération", *Dr.pr.comm.int.*, 10, 1984, págs. 337-356.

I. QUEIROLO: "Art. 17 della convenzione di Bruxelles e clausola attributiva di competenza contenuta in uno statuto societario", *Riv.dir.int.pr.proc.*, 45, 1993, págs. 69-86.

L. RAAPE: "Les rapports juridiques entre parents et enfants comme point de départ d'une explication pratique d'anciens et de nouveaux problèmes fondamentaux du droit international privé", *Res. des Cours*, tom. 50, 1934-IV, págs. 401-544.

E. RABEL: *Conflict of Laws, a comparative Study*, Chicago, Bd. 2, 1947.

L. RADICATI DI BROZOLO: *Operazioni bancarie internazionale e conflitti di leggi*, Milán, Giuffrè, 1984.

J. RAJZKY: "Legal problems relating to the east-west joint ventures", *Dir.comm.int.*, 2, 1989, págs. 533-552.

S. RAMMELOO: *Das neue EG-Vertragskollisionsrecht. Die Art. 4, 5 und 6 des Übereinkommens über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwende Recht vom 19.6.1980. Eine rechtsvergleichende Analyse objektiver Vertragsanknüpfung*, Colonia/Berlin/Boon/Múnich, Carl Heymanns, 1992.

id: "Die Auslegung von Art. 4.2 und Abs. 5 EVÜ: Eine niederländische Perspektive", *IPRax*, 14, 1994, págs. 243-248

K. RAZUMOV: "Legal Aspects of Direct Foreign Investments in the Republicss of the Commonwealth of Independent States", *Études de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, Basilea/Francfurt a.M., 1993, págs. 335-344.

A. RECALDE CASTELLS: "Deberes de fidelidad y exclusión del socio incumplidor en la sociedad civil" (Comentario a la STS de 6 de marzo de 1992), *Rev. La Ley*, 1993-1, págs. 304-310.

C. REITHMANN y D. MARTINY: *Internationales Vertragsrecht (Das internationale Privatrecht der Schuldverträge)*, 4. Auf., Colonia, O. Schmidt, 1988.

A. REMIRO BRONTÓNS: "Artículo 10.5 Cc", *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, Jaén, Edersa, 1978, págs. 289-321.

M.A. RENOLD: *Les conflits de lois en droit antitrust. Contribution à l'étude de l'application internationale du droit économique*, Zúrich, Schulthess Polygraphischer, 1991.

M. REQUEJO ISIDRO: "Arbitrabilidad de la controversia y arbitraje comercial internacional", *RCEA*, 1995, págs. 44-87.

G.A. RESCIO: "La distinzione del sociale dal parasociale (sulle c.d. clausole statutarie parasociali)", *Riv.soc.*, 1991, vol I, págs. 596-656.

C. REYMOND: Le contrat de joint venture", *Innomminatverträge*, Festgabe zum 60. Geburstag von Walter R. Schluep, Zürich, 1988, págs. 383-396.

id: "Reflexions sur la nature juridique du contrat de joint venture", *JdT*, 1975, págs. 480-492.

Ph. REYMOND: "Les personnes morales et sociétés dans le nouveau droit international privé suisse", *Le nouveau droit international privé suisse, Travaux des Journées d'étude organisées par le Centre du droit de l'enterprise, 9 et 10 octobre 1987, à l'Université de Lausanne*, Lausana, Cedidac, 1988, págs. 143-207.

M. REYNOLDS: "Joint ventures y reglamentos sobre competencia de la CEE",

Economía industrial, 1989, págs. 83-86.

F. RIGAUX: "Examen de quelques questions laissees ouvertes par la convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles", *Cah.dr.eur*, 24, 1988, págs. 306-321.

D. RINOLDI: "I contratti collegati fra diritto internazionale privato, usi del commercio internazionale e convenzione di Roma sulle obligazioni contrattuali", *La ripartizione dei rischi nell'esecuzione dei contratti internazionali; subcontratti, consorzi, joint ventures*, Milán, del sole 24 Ore, 1987, pág. 208

J. ROBERT: "Une date dans l'extension de l'arbitrage international: l'arrêt Mitsubishi c. Soler (Cour Suprême des Etats-Unis)", *Rev. arb.*, 1986, págs. 173-189.

A. RODRÍGUEZ ÁLVAREZ: "El joint venture", *Impuestos, Revista de doctrina, legislación y jurisprudencia*, 1986, págs. 86-94.

A. ROJO: "La sociedad de responsabilidad limitada: problemas de política y de técnicas legislativas", *RGD*, núm. 603, 1994, págs. 12877-12909.

W.H. ROTH: *Internationales Versicherungsrecht. Das Versicherungsverhältnis im internationalen Vertragsrecht -Zugleich ein Beitrag zum Schutz des schwächeren Vertragspartners im IPR und zur Dienstleistungsfreiheit in der europäischen Gemeinschaft*, Tubinga, Mohr, 1985.

R. RUEDA VALDIVIA: *El fenómeno representativo en la agencia comercial internacional: ley aplicable en Derecho internacional privado español*, tesis doctoral inédita, Granada, 1995.

K. RUMER: *Internationale Kooperationen und Joint Ventures: Standortvorteile nutzen, neue Märkte und Technologien erschließen*, Wiesbaden, Gabler, 1994.

G. SACERDOTI: "La convenzione di Washington del 1965: bilancio di un ventenio dell'ICSID", *Riv.dir.int.pr.proc.*, 1987, págs. 13-40.

id: "Finalità e caratteri generali della convenzione di Roma. La volontà delle parti come criterio di collegamento", *La convenzione di Roma sul Diritto applicabile ai contratti internazionali*, a cura di G. Sacerdoti y M. Frigo, 2ª edic, Milán, 1994, págs. 1-16.

M. SACRISTÁN REPRESA : "La agrupación europea de interés económico (Antecedentes y caracterización)", *La reforma del Derecho español de sociedades de capital (Reforma y adaptación de la legislación mercantil a la normativa comunitaria en materia de sociedades), Coord. A. Alonso Ureba, J.M. Chico Ortiz, F. Lucas Fernández*, Madrid, 1987, págs. 811-846.

F. SÁNCHEZ CALERO: "La nacionalidad de la Sociedad Anónima", *RdS*, 1993, año I, núm. 1, págs. 45-60.

id: Instituciones de Derecho mercantil, I, Introducción, Empresa y sociedades, 18ª edic., Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1995.

S.A. SÁNCHEZ LORENZO: "Postmodernismo y Derecho internacional privado", *REDI*, XLVI, 1994, págs. 557-585.

id: Proyecto Docente y de Investigación, inédito, Granada, 1995.

id: "La incidencia del principio comunitario de no discriminacion por razon de nacionalidad en los sistemas conflictuales de los Estados miembros", *RCEA*, 1996, págs.

O. SANDROCK: "Versteinerungklauseln in der Rechtswahlvereinbarungen fü internationale Handelsverträge", *Ius Internationales, Fest. Riesenfeld*, 1983 págs. 211-236.

id: "Ein amerikanisches Lehrstück für das Kollisionsrecht der Kapitalgesellschaften", *RabelsZ,* 42, 1978, págs. 227-267.

A. SANFELIZ MEZQUITA: "La práctica de la creación de empresas conjuntas (Joint Ventures)", *DN,* 1996, págs. 1-15.

G. SBISÁ: "Il definitivo riconoscimento dei patti parasociali nell'attuale legislazione", *Contratto e impresa,* 1, 1995, págs. 76 y ss.

A. SARAVALLE: "Conflitti di leggi nei contratti internazionali di costruzione", *Riv.dir.int.pr.proc.,* 1991, págs. 895-924.

H.B. SCHÄFER y C. OTT: *Manual de análisis económico del Derecho civil,* Madrid, tecnos, 1991.

E. SCHANZE: *Investitionsverträge im internationalen Wirtschaftrecht,* 1986.

D. SCHAUB: "Motive und Grundlagen einer Zusammenarbeit im Gemeinschaftsunternehemen", *WuW,* págs. 175-178.

K.J. SCHIFFER: "Sonderanknüpfung ausländischen öffenlichen Rechts in der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit", *ZVglRWiss* 90, 1991, págs. 390-410.

H-J. SCHMIDT-TRENZ: *Außenhandel und Territorialität des Rechts. Grundlegung einer Neuen Institutionenökonomik des Außenhandels,* Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1990.

D. SCHMIDTCHEN: "Territorialität des Rechts, internationales Privatrecht und die privatautonome Regelung internationaler Sachverhalte. Grundlagen eines interdisziplinären Forschungsprogramms", *RabelsZ,* 59, 1995, págs. 56-112.

A.F. SCHNITZER: *Handbuch des internationalen Privatrecht,* II, 3. Auf. Basel,

1950.

id: Handbuch des internationalen Privatrecht, II, 4. Auf. Basel, 1958.

id: "Die Funktionelle Anknüpfung im internationalen Vertragsrecht", *Mélanges Schönenberger*, Friburgo, 1968, págs. 387-404.

id: "Less contrats internationaux en droit international privé suisse", *Rec. des Cours*, vol. 123, 1968-I, págs. 541-636.

id: "Die Zuordnung der Verträge im internationalen Privatrecht", *RabelsZ*, 33, 1969, págs. 17-29.

A.K. SCHNYDER: *Das neue IPR-Gesetz, Eine Einführung in das Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privatrecht (IPRG)*, Zurich, 1990.

J.C. SCHULTSZ: "The Concept of Characteristic Performance and the Effect of the EEC Convention on Carriage of Goods", *Contract Conflicts, P.M. North (Ed.)*, Amsterdan, 1982, págs. 185-201.

I. SCHWANDER: "Die Behandlung der Innominatverträge im internationalen Privatrecht", *Innominatverträge. Festgabe zum 60. Geburstag W.R. Schluep*, Zurich, 1988, págs. 501-513.

F. SCHWIND: "Rechtsicherheit und Funktionalität im Licht der historischen Entwicklung", *ZfRV*, 1991, págs. 255-261.

Ch. VON DER SEIPEN: *Akzessorische Anknüpfung und engste Verbindung im kollisionsrecht der komplexe Vertragsverhälnisse"*, Heidelberg, Carl Winter, 1989.

A.J. SERRA MALLOL: *Las agrupaciones de interés económico: una nueva forma social*, Madrid, Tecnos, 1992.

O. SERVAIS: "Coopération d'entreprises aux États-Unis: la joint venture corporation, una varieté de close corporation", *Dr.pr.comm.int*, 9, 1983, págs. 57-88.

D. SCHAUB: "Motive und Grundlagen einer Zusammenarbeit im Gemeinschaftsuntermen", *WuW*, 1971, págs. 175-178.

K. SCHMIDT: *Gesellschaftsrecht*, Colonia/Berlín/Boon/Múnich, 1986.

M. SCHUBERT: "Internationale Verträge und Eingriffsrecht -Ein Beitrag zur Methode des Wirtschaftskollisionsrecht", *RIW*, 33, 1987, págs. 729-746.

K. SIEHR: "Ökonomische Analyse des Internationalen Privatrechts", *Festschrift für K. Firsching*, Munich, C.H. Beck, 1985, págs. 269-294.

id: "Die Parteiautonomie im Internationalen Privatrecht", *Festchrift für Max Keller zum 65. Geburstag*, Zúrich, Schulthess Polygraphischer, 1989, págs. 485-510.

M.E. SOLIMINE: "An Economic and Empirical Analysis of choice of Law", *Georgia L.R.*, 1989, págs. 49 y ss

M.R. STAEHELIN: *Zur Fragen der AG im schweizerischen IPR*, Diss. Basilea, 1972.

W. von STEIGER: "Die einfache Gesellschaft im internationalen Privatrecht", *ASDI*, XIV, 1957, págs. 17-32.

A. STEIGER: *Grenzüberschreitende Fusion und Sitzverlegung von Kapitalgesellschaften innerhalb der EU nach spanischem und portugiesischem Recht*, Frankfurt a.M./Berlin/Berna/Nueva York/París/Viena, Peter Lang, 1997.

E. STEINDORF: "Gemeinschaftsunternehmen mit zwei paritätisch beteiligten

Gesellschaftern", *NJW*, 1980, págs. 1921-1924.

C. SVERNLOV: "Multilateral Joint venturing in the United States", *The journal of business law*, 1991, págs. 601-623.

M. TALAMANCA: "Società in generale. Diritto romano", *Enc.Dir.*, XLII, Milán, Giuffrè, 1990, págs. 814-822.

J. TAUBMAN: "What constitutes a joint venture?", *Cornell L.Q.*, 41, 1955-1956, págs. 640-655.

id: The Joint Venture and Tax Classification, Nueva York, Federal Legal Publications, 1957.

M. THIEL: *Joint Ventures in der Rußländischen Föderation*, Berlin/Viena, Arno Spitz GmbH, Verlag Österreich, 1995.

A. THURN: "The use of joint stock companies as a vehicle for joint ventures in Czechoslovaquia", *EWS*, 1992, págs. 134-137.

J. TORRES LÓPEZ: *Análisis económico del Derecho*, Madrid, Tecnos, 1987.

J. TOUSCOZ: "La ruée vers l'Est. De quelques problèmes juridiques soulevés par les opérations de commerce et d'investissement réalisées par les entre prises occidentales dans les Pays d'Europe Centrale et Orientale", *Journ.dr.int.*, 1991, págs. 27-55.

V. TRIEBEL y E. PETZOLD: "Grenzen der lex mercatoria in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit", *RIW*, 34, 1988, págs. 245-250.

R. TSCHÄNI: *Unternehmensübernahmen nach schweizer Recht*, Basel und Frankfurt a.M., 2. Auf, 1991.

id: "Gesellschafts- und kartellrechtliche Probleme der Gemeinschaftsunternehmen (Joint ventures), *SAG,* 49, 1977, págs. 88-96.

C. TURATI: *Economia e organizzazione delle joint venture,* Milán, Egea, 1990.

D.F. TURNER: *An Antitrust Analisys of Joint Ventures, Kontrolle von Marktmacht nach deutschem, europäischem und amerikanischem kartellrecht,* Colonia, 1981.

P. ULMER y G. WIEDEMANN: "Die Methode der Zusammenarbeit zwischen unabhängigen Unternehmen", *Deutsche Zivil, -Kolisions und -Wirtschaftsrechtliche Beiträge zum X. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung in Budapest, 1978,* Tubinga, 1978, págs. 263-288.

UNCITRAL: "Proyecto revisado de Guía Jurídica para la Redacción de Contratos Internacionales de Construcción de Instalaciones industriales", *Anuario de la CNUDMI o UNCITRAL,* vol XVIII, 1987.

UNIDROIT: *Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales,* Roma, UNIDROIT, 1995.

UNITED NATIONS: *East-West joint ventures: economic, business, financial and legal aspects,* Nueva York, United Nations, 1988, IX.

UNITED NATIONS: *Joint venture as an international form of co-operation,* Nueva York, United Nations, 1988.

UNITED NATIONS: *East-West joint ventures contracts.* Economic Commission for Europe, Ginebra/Nueva York, United Nations, 1989.

R. URÍA: *Derecho Mercantil,* 22ª edic., Madrid, Marcial Pons, 1995.

J.VAN UYTVANCK: "Problemes relatifs aux filiales communes", *Cah.dr.eur.*

1979, págs. 25-37.

C. VACCA: "*Joint venture* (aspetti contrattuali)", *Digesto*, 4ª ed., Discipline privatistiche, Sezione Commerciale, Vol. VIII, Milán, 1992, págs. 50-74.

P. VALDÉS FERNÁNDEZ: "La crisis de la flota congeladora española", *ICE*, 1990, págs. 201-208

F. VALENZUELA GARACH: "Un panorama general del problema de la personalidad jurídica de los entes sociales", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, Homenaje al Profesor Miguel Motos Guirao*, III, 11, 1986, págs. 351-379.

R. VANDER ELST: "Lacunes en droit international privé", *Le probléme des lacunes en droit, Etudes publiées par C.H. Perelmann*, Bruselas, Bruylant, 1968, págs. 401-423.

A. DEL VECCHIO: "Note preliminari ad uno studio sulle joint ventures nel settore della pesca", *Il Diritto Marittimo*, XCIV, 1992, págs. 30-54

J.F. VERSTRYNGE: "Problemes relatifs aux filiales communes", *Cah.dr.eur.*, 1979, págs. 13-24.

F. VICENT CHULIA: *Compendio crítico de Derecho mercantil*, 3ª edic, tomo I, vol. 1º, Barcelona, Bosch, 1991.

id: "Licitud, eficacia y organización de los sindicatos de voto", *Derecho mercantil de la Comunidad Europea, Estudios en homenaje a José Girón Tena*, Madrid, Civitas, 1991, págs. 1205-1249.

id: "Voz Sindicato de Voto (Derecho Mercantil)", *EJB*, volumen IV, Madrid, Civitas, 1995, págs. 6234-6239.

Th. VIEHWEG: *Tópica y Jurisprudencia*, Madrid, Altea/Taurus/Alfaguara, 1986 (Versión del original alemán: *Topik und Jurisprudenz*, Múnich, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlugn, 1963. Traducción de L. Díez Picazo y Ponce de León).

U. VILLANI: "Aspetti problematici della prestazione caratteristica", *Riv.dir.int.pr.proc.*, 1993, págs. 513-540.

M. VIRGÓS SORIANO: "El convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales", *Tratado de Derecho comunitario Europeo*, tomo I, Dirigido por E. García de Enterría, J.D. González Campos, S. Muñoz Machado, Madrid, Civitas, 1986, pág. 753-825.

id: Lugar de celebración y de ejecución en la contratación internacional, Madrid, Tecnos, 1989.

id: "La interpretación del Convenio de Roma de 1980 sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", *Noticias CEE*, nº 61, año VI, 1990, págs. 83-94.

id: El comercio internacional en el nuevo Derecho español de la competencia desleal. Un análisis del artículo 4 de la Ley española de competencia desleal de 1991, Madrid, Civitas, 1993.

id: en J.D. GONZÁLEZ CAMPOS y otros: *Derecho internacional privado, parte especial*, 6ª ed., Madrid, 1995.

id: "Lex mercatoria (Derecho internacional privado)", *EJB*, volumen III, Madrid, Civitas, 1995, págs. 3992-394.

id: "La ley aplicable a los contratos internacionales: la regla de los vínculos más estrechos y la presunción basada en la prestación característica del contrato", *Estudios jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, Tomo IV, Madrid,

Civitas, 1996, págs. 5289-5309.

F. VISCHER: "Methodologische Fragen bei der objektiven Anknüpfung im internationalen Vertragsrecht", *ASDI,* XIV, 1957, págs. 43-68.

id: "The antagonism between legal security and the search for justice in the field of contracts", *Rec. des Cours,* t. 142, 1974-II, págs. 1-70.

id: Internationales Vertragsrecht, Berna, 1962.

id: "Die internationale Kartellvereinbarungen im Schweizerischen Privatrecht", *Schweizerische Beiträge zum vierten internationalen Kongress für Rechtsvergleichung,* Ginebra, 1954.

id: "Bemerkungen zur Aktiengesellschaft im internationalen Privatrecht", *ASDI,* XVII, 1960, págs. 49-74.

id: "Veränderungen des Vertragsstatuts und ihre Folgen", *Festschrift Max Keller,* Zúrich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1989, págs. 557-571.

id: "Zwingendes Recht und Eingriffsgesetz nach schweizerischem IPR-Gesetz", *RabelsZ,* 1989, págs. 438-461.

id: "Art. 150-165 IPRG", *IPRK Kommentar,* Zurich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1993, págs. 1320-1412.

F. VISCHER y B. von HOFFMANN: *Staatunternehmen im Volkerrecht und im Internationalen Privatrecht,* Heidelberg, 1984.

E. VITTA· *Diritto internazionale privato,* vol I, Turín, 1972.

M. VIVANT: "Le joint venture ou parlez-vous franglais?", *Cah.dr.ent.,* 5, 1979,

págs. 1-6.

F. WÄCHTERHÄUSER: *Das Gesellschaftsrecht des internationalen Joint ventures*, Frankfurt a.M./Berna/Nueva York/París, Peter Lang, 1992.

P. WEIL: "Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérées dans les accords de developpement economique", *Mélanges offerts a Ch. Rousseau*, París, 1974, págs. 301-328.

id: "Principes généraux du droit et contrats d'État", *Le droit des relationes économiques internationales. Études offertes à B. Goldman*, París, Litec, 1987, págs. 387-414.

A. WEITBRECHT: "US-Antitrustrecht vor internationalen Handelsschiedsgerichten", *IPRax*, 1986, Heft. 5, págs. 313-316.

W. WENGLER: "L'évolution moderne du droit international privé et la prévisibilité du droit applicable", *Riv.crit.dr.int.pr.*, 79, 1990, págs. 657-674.

H.P. WESTERMANN: "Das Gesellschaftsrecht in der Methodendiskussion um das Internationale Privatrecht", *ZGR*, 1975, págs. 69-105.

H. WIEDEMANN: "Internationales Gesellschaftsrecht", *Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung im Ausgang des 20. Jahrhunderts, Fest. für G. Kegel*, Frankfurt a.M., 1977. págs. 187-211.

id: Gesellschaftsrecht, Ein Lehrbuch des Unternehmens- und Verbandsrechts, Band I, Grundlagen, Múnich, C.H. Beck, 1980.

B. WILBOIS: *Livre Blanc: La coentreprise ou joint venture*, París/Oxford/Düsseldorf, EAP, École Européenne des Affaires, 1984.

B. WORTMANN: *Durchgriffshaftung im Joint Venture: zugleich ein Beitrag zu den rechtlichen Grundlagen des Joint Venture*, Frankfurt a.M./Berlin/Berna/Nueva York/París/Viena, Peter Lang, 1995.

J. ZENTES (Hrsg): *Ost-West Joint Ventures*, Stuttgart, Schäffer-Poeschel, 1992.

P. ZIHLMANN: "Gemeinschaftsunternehmen (joint business Ventures) in der Form von Doppelgesellschaften", *SJZ*, 68, Heft 21, 1972, págs. 317-327.

D. ZIMMER: "Ausländisches Wirtschaftsrecht vor deutschen Zivilgerichten: Zur Unterscheidung zwischen einer normativen Berücksichtigung fremder zwingender Normen und einer bloßen Bechtung ihrer tatsächlichen Folgen", *IPRax*, 1993, Heft. 2, págs. 65-69.

S. ZONCA: "Convenzione di Roma del 1980 e Diritto delle Società", *La convenzione di Roma sul diritto applicabile ai contratti internazionali*, 2ª edic., Milán, 1994, págs. 201-217.

C. ZSCHOCKE: *Die Verträge unternehmenrischer Zusammenarbeit des argentinischen Rechtes*, Hamburgo, Pro Universitate Verlag, 1995.

K. ZWEIGERT y B. VON HOFFMANN: "Zur internationalen Joint Venture", *Fest. für Martin Luther zum 70. Geburstag*, Hrsg. von Ottoarndt Glossner und Walter Reimers, München, 1976, págs. 203-212.